

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الْقَوْلُ عَلَى الْكَلِمَةِ
وَالْخَوَاطِطُ الْفَقِيهَةُ

ترفعه
عبر الرحمن والرحمن
أسكنه الفردوس

القولُ على الكليّة والضوابط الفقهية

في
الشريعة الإسلامية

الأستاذ الدكتور
محمد عثمان شبير


دار النفائس
للنشر والتوزيع، الأردن

حقوق الطبع محفوظة

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

الطبعة الثانية


دار النفائس
للنشر والتوزيع، الأردن

المبطل مقابل عمارة جوهرية القدس
ص.ب ٩٢٧٥١١ عمان ١١١٩٠ الأردن
هاتف ٥٦٩٢٩٤٠ ، فاكس ٥٦٩٢٩٤١
بريد الكتروني: ALNAFAES@HOTMAIL.COM

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

رفق
عبد الرحمن السجدي
أسكنه الله الفردوس

الحمد لله رب العالمين الهادي إلى سبيل الرشاد، الذي خلق الإنسان وعلمه البيان وأنعم علينا بنعم كثيرة لا تحصى الأعداد. وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له المنزه عن الصاحبة والأولاد، شهادة ادخرها ليوم المعاد، واستعين بها على الكرب والشداد. وأشهد أن محمداً عبده ورسوله الذي جعله الله بركة ورحمة للعباد.

أما بعد... فبالرغم من أن مقرر: «القواعد الفقهية» من المقررات القديمة في مناهج كليات الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي إلا أن الكتب الدراسية التي كتبت في هذا المجال قليلة جداً، وتكاد أن تكون منعدمة عند البحث عنها، فعندما عهد إلى قسم الفقه وأصوله في كلية الشريعة بالجامعة الأردنية تدريس مقرر: «القواعد الفقهية» بحثت عن كتاب تدريسي لهذا المقرر في الأردن فلم أجد كتاباً يفي بالغرض، وأخبرت بأن أحد الزملاء في خارج الأردن كتب كتاباً في القواعد الفقهية، فحاولت بنفسي وعن طريق بعض المكتبات في الأردن إحضار كمية من الكتاب تكفي الطلبة المسجلين في المقرر، ولكن كل المحاولات باءت بالفشل، فدخل الفصل الدراسي ولم أجد كتاباً مناسباً، فعزمت على إعداد كتاب لهذا المقرر ليكون في متناول أيدي الطلبة وغيرهم ممن يريد دراسة هذا المقرر المهم والضروري للمتخصصين في الفقه الإسلامي وغير المتخصصين. فهو يعين الدارسين له على حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة في قواعد كلية قليلة العدد سهلة الحفظ بعيدة النسيان متى ذكرها الدارس استحضرت عدداً كبيراً من الفروعيات. وهو يعمل على تكوين ملكة فقهية راسخة في النفس لدى المتخصصين في الفقه الإسلامي، كما يعمل على تكوين تصور عام عن الفقه الإسلامي عند غير

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المختصين ويعينهم على فهم الفقه الإسلامي واستيعابه. كما يؤدي إلى إثراء التشريعات الحديثة.

وقد اتبعت في هذا الكتاب المنهج التحليلي وهو يقوم على بيان أهمية القاعدة الفقهية، ومفرداتها، ومعناها الإجمالي، وتأصيلها الشرعي، وتحليل عناصرها من موضوع وحكم كلي ومناطه والمقصد الشرعي من القاعدة، وتطبيقات القاعدة الفقهية، والقواعد الكلية التي تندرج تحت القاعدة سواء أكانت تمثل فرعاً منها أم ضابطاً لها، أم استثناء منها.

وقد اعتمدت في إعداد هذا الكتاب على مراجع كثيرة ومتنوعة منها ما هو في القواعد الفقهية المتخصصة، ومنها ما هو في الفقه العام، والفقه المذهبي، ومنها ما هو قديم في تأليفه، ومنها ما هو حديث، ويظهر هذا بوضوح من خلال ما جاء في نشأة علم القواعد الفقهية وما ورد فيها من مراجع قديمة وحديثة وتصنيف جهود المعاصرين في النهوض بالقواعد الفقهية، كما يظهر من خلال الإطلاع على قائمة المراجع والمصادر المرفقة.

وقد قسمت هذا الكتاب إلى مقدمة وأربعة فصول وخاتمة.

تكلمت في المقدمة عن منهجي في إعداد هذا الكتاب.

وفي الفصل الأول: حقيقة القواعد الكلية والضوابط الفقهية من حيث معناها والألفاظ ذات الصلة بها، ومصادر القواعد الفقهية، ونشأتها وتطورها، وأنواعها وأهميتها ومكانتها.

وفي الفصل الثاني: فقه القواعد الكلية الكبرى، وهي تشمل ست قواعد: «الأمور بمقاصدها» و«اليتين لا يزول بالشك» و«الضرر يزال» و«المشفقة تجلب التيسير» و«العادة محكمة» و«إعمال الكلام أولى من إهماله».

وفي الفصل الثالث: فقه القواعد الكلية الصغرى: مثل قاعدة: «التابع تبع» والقواعد الكلية الخاصة بالضمان، وبالحلال والحرام، وبالقضاء وطرق الإثبات، وبالسببية الشرعية، وبالأجتهاد الفقهي.

وفي الفصل الرابع: الضوابط الفقهية المتعلقة بكل من العبادات، والمعاملات المالية، والأحوال الشخصية أو الجنائيات والقضاء.

والخاتمة لخصت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها.

ويعود . . فهذا جهد متواضع بذلت فيه أقصى ما أستطيع ويعلم الله أنني لم ادخر جهداً في إعدادة وفي تبويبه وتصنيفه فإن كنت قد وفقت فهذا من فضل الله تعالى وكرمه وتوفيقه، وإن كانت الأخرى فمن نفسي وضعفي. والله أسأل أن يتقبل هذا الجهد المتواضع ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون.

الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير

كلية الشريعة - الجامعة الأردنية

الجمعة ١/ صفر/ ١٤٢١ هـ

الموافق ٥/ ٥/ ٢٠٠٠ م

رفع
عبر الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
الفصل الأول

حقيقة القواعد الكلية والضوابط الفقهية

قبل أن نشرع في بيان فقه القواعد الكلية والضوابط الفقهية لا بدّ أن نبين حقيقة تلك القواعد: من حيث معناها، وعلاقتها بالعلوم ذات الصلة بها، وخصائصها، وأنواعها، ومصادرها، ونشأتها وتطورها، ومجالاتها، وأهميتها، وغير ذلك؛ لذا سيشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

المبحث الأول: معنى القواعد الكلية والضوابط الفقهية والعلاقة بينهما.

المبحث الثاني: القواعد الفقهية والعلوم المشابهة.

المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها

المبحث الرابع: أنواع القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها.

وفيما يلي بيان لتلك المباحث:

المبحث الأول

معنى القواعد الكلية والضوابط الفقهية والعلاقة بينهما

يشتمل هذا المبحث على تعريف كل من القواعد الفقهية، والضوابط الفقهية، والعلاقة بينهما. وسأفرد كل واحد منها بمطلب مستقل:

المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية قبل أن تكون علماً كانت مركباً إضافياً فلا بدّ من تعريفها بهذين الاعتبارين.

أولاً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً:

القواعد الفقهية مركب إضافي يتكون من لفظين، وفيما يلي بيان لكل منهما:

١- تعريف القواعد:

القواعد في اللغة: جمع قاعدة، وهي مأخوذة من قعد يقعد قعوداً. والقاعدة (بالفتح) المرة، والقاعدة (بالكسر) الهيئة: نحو قعد قعدة خفيفة. والفاعل قاعدة، والجمع قعود، والمرأة قاعدة، والجمع قواعد وقاعدات^(١).

وأصل القاعدة في اللغة الثبوت والاستقرار في المكان، ومنه قوله تعالى: ﴿فِي مَقْعِدِ صِدْقٍ﴾^(٢) [القمر: ٥٥] أي في مستقر صدق. قال ابن فارس في بيان هذا الأصل: «القاف والعين والدال أصل مطرد منقاس لا يُخْلِف، وهو يضاهي الجلوس ولهذا يطلق

(١) لسان العرب لابن منظور ١٢٦/٣، مادة: قعد، القاموس المحيط للفيروزآبادي ٣٩٧، المصباح المنير للفيومي ٦٩٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ١٠٨/٥. وانظر: بصائر ذوي التمييز للفيروز آبادي ٢٨٥/٤، والوجوه والنظائر للدامغاني ٣٨٧.

على أساسات البيت القواعد. قال تعالى: ﴿وَإِذْ رَفَعَ بِرُسُوحِهِ الْفَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ لِئَسْخِلَ﴾^(١) [البقرة: ١٢٧]، وقال تعالى: ﴿فَأَنبَأَ اللَّهُ بَيْنَهُمُ الرِّبَاقَ الْفَوَاعِدَ﴾ [النحل: ٢٦].

والقاعدة في الاصطلاح عرفها الجرجاني (٧٤٠هـ) بأنها: «قضية كلية منطوقة على جميع جزئياتها»^(٢) وبعبارة أخرى - كما عرفها الكفوي (١٠٩٤هـ) -: «قضية كلية، من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها»^(٣). وعرفها الفيومي (٧٧٠هـ) بأنها: «الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته»^(٤). وزاد التهانوي (توفي بعد ١١٥٨هـ) على هذا التعريف: «عند تعريف أحكامها منه» فقال: «أمر كلي منطبق على جميع جزئيات عند تعرف أحكامها منه»^(٥) أي أنها تؤدي إلى التعرف على أحكام الجزئيات .

يظهر من خلال هذه التعريفات أن القاعدة -بالمعنى العام- تختص بعدة خصائص وهي:

أ- إنها قضية تركيبية:

فالقضية قول يحتمل الصدق والكذب لذاته، حيث قال الجرجاني في تعريفها: «قول - يصح أن يقال لقائله: إنه صادق فيه أو كاذب فيه»^(٦). والتركيب هو جعل الأشياء الكثيرة في نظم واحد. بحيث يطلق عليها اسم واحد، ويكون لبعض أجزائه نسبة إلى البعض^(٧). وأما القضية التركيبية فهي قضية إخبارية تضيف إلى معلوماتنا شيئاً جديداً عن الموضوع الذي لم يكن لنا علم به من قبل^(٨). فهي بهذا المعنى تختلف عن القضية

التحليلية التي لا تنبئ عن شيء جديد. وتكون القضية التركيبية من ثلاثة عناصر وهي:

الأول: المحكوم عليه، وهو الموضوع. والثاني: المحكوم به، وهو، المحمول، أو الحكم. والثالث: إدراك وقوع النسبة الحكمية بين الموضوع والمحمول أو عدم وقوعها، ويسمى الحكم. والقضية قسمها المناطقة إلى قسمين: حملية، وشرطية:

فالقضية الحملية: هي ما كانت النسبة الخبرية ثابته لجزئياتها معاً، وهي غير ثابتة لواحد منهما^(٩). مثل: الإنسان حيوان، والإنسان ليس بفرس، والصدق ممدوح، والمؤمن ليس بكذاب. والقضية الحملية إذا جزئت تنجزاً إلى مفردين. ويسمى المحكوم عليه فيها موضوعاً، والمحمول به محمولاً.

وأما القسم الثاني للقضية فهي القضية الشرطية: وهي التي يتعلق وجود إحدى قضيتيها على وجود الأخرى أو نفيها. وعرفها الأمدى بأنها: «ما كانت النسبة الخبرية ثابتة لأحد جزئياتها»^(١٠) ومثلوا لذلك: بما إذا أشرقت الشمس فالنهار موجود. والقضية الشرطية إذا جزئت تنجزاً إلى قضيتين^(١١).

وكل من القسمين الحملية والشرطية ينقسم إلى أقسام: كالموجبة، والسالبة، وغير ذلك مما تجد تفصيله في كتب المنطق.

ب- إنها قضية كلية.

فالقاعدة تنصف بالكلية لكونها تشتمل على حكم كلي جامع لكثير من الفروع والجزئيات. والأصل في القاعدة الإطراد والكلية: أي أنها تنطبق على كل جزئياتها دون تخلف أي جزئية منها. لكن يلاحظ على كثير من القواعد تخلف بعض الجزئيات وشذوذاً عن القاعدة. لذلك حاول بعض العلماء التخلص من لفظه: «جميع» الواردة

(١) المبين في شرح معاني ألفاظ الحكماء والمكلمين للأمدى ص ٧٦

(٢) المبين للأمدى ص ٧٨.

(٣) الكليات للكفوي ٤/ ٢١.

(١) التعريفات للجرجاني ٢١٩.

(٢) الكليات للكفوي ٤/ ٤٨.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص ٧٠٠.

(٤) كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ١١٧٦/٣.

(٥) التعريفات للجرجاني ص ٢٢٦.

(٦) المرجع السابق.

(٧) علم المنطق لمهدي فضل الله ص ٩٥، نقلاً عن القواعد الفقهية للباحسين ص ١٨١

في التعاريف السابقة للقاعدة ووضع بدلا منها «جزئيات كثيرة» أو «أغلب الجزئيات» ومن مؤلفاء العلماء ابن السبكي (٧٧١هـ) حيث عرّف القاعدة بأنها: «الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها»^(١)، وكذلك فعل الحموي (١١٩٨هـ) الذي استبدل كلمة «كلي» بكلمة «أغليي»، وعرف القاعدة بأنها: «حكم أغليي ينطبق على معظم جزئياته، لتعرف أحكامها منه»^(٢).

أقول لا داعي لهذا ، ولا الحرج من لفظة: «الكلي» أو لفظة: «جميع» لأن الأمر الكلي إذا ثبت، فتخلف بعض الفروع عن مقتضاه لا يخرج عن كونه كليا، لأن هذه المتخلفات أو الاستثناءات الجزئية لا يجتمع منها كلي يعارض الكلي الثابت في القاعدة. وهذا شأن الكليات الاستقرائية كما قال الشاطبي (٧٩٠هـ) في الموافقات: «الكليات الاستقرائية صحيحة، وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات»^(٣).

جـ- إنها تختص بالعمومية والتجريد:

تميز القاعدة عن الجزئية بأنها غير موجهة إلى شخص أو أشخاص بذواتهم ولا إلى وقائع معينة؛ فالعبرة بعموم اللفظ. فهي ذات موضوع أو مضمون تتناوله، وهو ما يعبر عنه بمناط القاعدة. وهو الذي ينبغي على الفقيه مراعاته عند إلحاق الجزئيات بالقاعدة، فلا بد من التحقق من وجوده لإثزال حكم القاعدة على جزئياتها. ولهذا يراود بالجزئيات في التعاريف السابقة للقاعدة جزئيات موضوع القضية، وليس جزئيات القضية، كما ذكر الهانوي: «واعلم أن المراد بالجزئيات ليس جزئيات ذلك الأمر كلي، كما يتبادر إليه الوهم، إذ ليس للقضية جزئيات تحمل هي عليها فضلاً عن أن يكون لها أحكام يتعرف منها، بل المراد جزئيات موضوع تلك القضية»^(٤).

د- إنها قضية تشتمل على الحكم الكلي بالقوة.

تختص القاعدة بأنها تشتمل على حكم كلي بالقوة، ويستخرج منها بالفعل عند ورود الوقائع والجزئيات. ومن الأمثلة على ذلك: القاعدة الكلية: «كل عبادة تحتاج إلى نية» والصلاة عبادة. فالنتيجة: الصلاة تحتاج إلى نية، ومن الأمثلة أيضاً قاعدة: «الأموار بمقاصدها» كلية. وإعطاء زيد المال إلى عمرو جزئية تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فنقول: إن كان قصد زيد من إعطاء المال الهبة أو الصدق كان فعله طاعة يثاب عليها. وإن كان قصده القرض كان له حق الاسترداد دون زيادة مشروطة. ويتربط على ذلك أن القاعدة الكلية تستخدم في الكشف عن أحكام الجزئيات التي يتحقق فيها معنى القاعدة أو موضوعها أو مناطها.

هـ- القاعدة تصاغ صياغة موجزة محكمة دقيقة تدل على الشمول والاستغراق حتى لا تنزل القاعدة إلى منزلة الضوابط. قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها، وسعة استيعابها للفروع الجزئية، فصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم»^(١).

٢- تعريف الفقهية:

الفقهية نسبة إلى الفقه، وهو مأخوذ من فقه بمعنى فهم وعلم وفطن، وقيل: مأخوذ من «الفق» بمعنى الشق والفتح^(٢). لأن عمل الفقيه لا يقتصر على العلم بالأحكام وفهمها، وإنما يتعدى ذلك إلى الكشف عن علل الأحكام ومآخذها ومقاصدها وغير ذلك مما يساعد في عملية استنباط الأحكام. والفقه في الاصطلاح: «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»^(٣). وزاده ابن خلدون توضيحاً حين قال: «معرفة

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١١/١.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي ٥١/١.

(٣) الموافقات للشاطبي ٧٥/١.

(٤) كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ١١٧٦/٣.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٤٧/٢.

(٢) انظر: المفردات للراغب ٣٨٤، الكليات للكفوي ٣/٣٤٤، بصائر ذوي التمييز للفيروزآبادي ٤/٢١٠، النهاية لابن الأثير ٤٦٥/٤.

(٣) التعريفات للجرجاني ٢١٦.

أحكام الله في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة، وهي متلفة من الكتاب والسنة، وما نصبه الشارع لمعرفةتها من الأدلة، فإذا استخرجت تلك الأحكام من الأدلة قيل لها فقهاء^(١).

ثانياً: تعريف القواعد الفقهية - باعتبارها - علماً أو لقباً

١- عرف المقرئ (٧٥٨هـ) القواعد الفقهية بأنها: «كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصة»^(٢) لكنه تعريف مبهم غير واضح لا يدل دلالة واضحة على القواعد الفقهية، ولذلك اختلف من جاء بعده في تفسير هذا التعريف^(٣).

٢- وعرفها الحموي بأنها: «حكم أكثر، لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه»^(٤). ويلاحظ على هذا التعريف أنه غير خاص بالقاعدة الفقهية؛ لأن القاعدة الفقهية ليست وحدها الأكثرية، وإنما أغلب القواعد من أصولية ونحوية تنصف بالأكثرية أو الأغلبية، وإنما تتميز القاعدة الفقهية بموضوعها وطبيعتها القضائية التي تشتمل عليها، لا بكونها كلية أو أغلبية؛ لأن هذه خاصية عامة للقواعد - كما بينا في خصائص القواعد العامة -.

٣- وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقاء (ت ١٤٢٠هـ) بأنها: «أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها»^(٥).

(١) المقدمة لابن خلدون ٣٨٩.

(٢) القواعد للمقرئ ٢١٢/١.

(٣) قارن تفسير المنجور (٩٩٥هـ) في كتابه: شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ص ١٠٩، مع تفسير الروكي في كتاب: نظرية التقيد الفقهي ص ٤٩، وانظر: القواعد الفقهية لبا حسين ص ٤٠.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٥١/١.

(٥) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٩٤٧/٢. وقد تابع الزرقاء في هذا التعريف كل من الدكتور محمد شليبي فأخذ مع حذف «دستورية» فقال في المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي (٣٢٤): «أصول =

ويلاحظ على هذا التعريف أنه عرّف القواعد بالأصول، وهي مرادفه لها، وأدخل فيه ألفاظاً عامة غير محددة: كالنصوص الدستورية^(١).

٤- وعرفها الدكتور علي الندوي بأنها: «حكم شرعي في قضية أغلبية يعرف منها أحكام ما دخل تحتها» وقال في شرح تعريفه: القواعد الفقهية هي قواعد تحتوي على زمرة من الأحكام الشرعية من أبواب مختلفة، يربطها جانب فقهي مشترك، ومن هنا فإن القيد المذكور في التعريف: وهو «شرعي» يخرج القواعد غير الشرعية. والقيد الثاني: «أغلبية» يفيد بأن هذه القواعد متسمة بصفة الأغلبية، وقد يتدّ عن معظم القواعد بعض الفروع، وإن كان خروج تلك الفروع لا يغير صفة العموم للقواعد ولا يحط من قيمتها^(٢).

وقد لاحظ الدكتور يعقوب با حسين على هذا التعريف ثلاث ملاحظات:

الأولى: فيه تكرار لا داعي له، ففي ذكر الحكم والقضية تكرار يفني عنه قضية شرعية أغلبية. والثانية: أنه أدخل الثمرة: وهي (التعرف على الأحكام الشرعية) ضمن التعريف. والأصل في التعريفات أن تقتصر على ماهية المعرف. والثالثة: القول بأن القضية الفقهية أغلبية فيه نظر^(٣) - بيناه سابقاً -.

٥- وعرفها الدكتور محمد الروكي بأنها: «حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبق على جميع جزئياته علي سبيل الإطار أو الأغلبية»^(٤).

= ومبادئ، كلية تصاغ في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها». والدكتور علي الندوي حيث عدّل فيه وحذف بعض الألفاظ فقال: «أصل فقهي يتضمن أحكاماً تشريعية عامة، من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه» (القواعد الفقهية ص ٤٩).

(١) بتصرف من نظرية التقيد الفقهي للروكي ص ٤٤.

(٢) القواعد الفقهية للندوي ص ٤٣.

(٣) بتصرف من القواعد الفقهية ليعقوب با حسين ص ٥٠.

(٤) نظرية التقيد الفقهي للروكي ص ٤٨.

وقد لاحظ الدكتور يعقوب با حسين على هذا التعريف عدة ملاحظات^(١):

أ- التعريف فيه تناقض؛ لأنه يعرف القاعدة الفقهية بالحكم الكلي، ثم يذكر أن انطباقها على جزئياتها على سبيل الإطراد أو الأغلبية.

ب- التعريف فيه تكرار، لأن الصياغة التجريدية من مستلزمات الحكم الكلي، فهو يكفي عن ذكر الصياغة التجريدية.

ج- أنه أدخل الثمرة ضمن التعريف.

د- غير مانع من دخول القواعد المتألفة وغيرها؛ لأنها تستند إلى دليل شرعي، فلا بد من إضافة قيد يخرجها من التعريف مثل: «عملية».

٦- وعرفها الدكتور محمد عبد الغفار الشريف بأنها: «قضية كلية شرعية عملية جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية»^(٢) ويؤخذ على هذا التعريف أنه أدخل الثمرة ضمن التعريف.

٧- وعرفها الدكتور يعقوب باحسين بأنها: «قضية كلية شرعية عملية، جزئياتها قضايا كلية شرعية عملية» وبعبارة أخرى: «قضية فقهية كلية جزئياتها قضايا فقهية كلية»^(٣).

ويلاحظ على هذا التعريف التكرار.

ويمكن تعريف القواعد الفقهية بأنها: «قضية شرعية عملية كلية تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها».

فقيد «شرعية» يخرج به القواعد المنطقية والنحوية والبلاغية وغير ذلك. وقيد «عملية» يخرج به القواعد الاعتقادية. واشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها: يعني كون تلك الأحكام مستعدة لأن توجد وتخرج إلى الوجود. وهي قبل وجودها غير موجودة، فإذا خرجت سميت خارجة بالفعل. لأن الفعل يعني كون الشيء خارجاً من الاستعداد إلى الوجود^(٤).

وأهم ما تختص به القواعد الفقهية بالإضافة إلى الخصائص العامة للقاعدة من كونها قضية تركيبية، وكلية، وتجريدية، واشتمالها على الأحكام بالقوة، والصياغة المحكمة.

١- إنها تستند إلى أدلة شرعية من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو غيرها.

٢- إنها تختص بالأحكام الشرعية العملية التي تتعلق بأفعال المكلفين وتصرفاتهم: كالصلاة والبيع.

المطلب الثاني: تعريف الضوابط الفقهية:

الضوابط الفقهية قبل أن تكون علماً كانت مركباً إضافياً، فلا بد من تعريفها بهذين الاعتبارين.

أولاً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً.

يبنت فيما مضى معنى الفقهية، وساقصر هنا على معنى الضوابط في اللغة والاصطلاح.

فالضوابط جمع ضابط وهو مأخوذ من ضَبَطَ الشيء يضبطه ضبطاً: أي حفظه حفظاً بليغاً أو حازماً. ومنه قيل: ضبطت البلاد، إذا قمت بأمرها قياماً حازماً محافظاً عليها. والضبط لزوم الشيء وحسبه وحصره. والضبط الإنقاف والإحكام^(٥).

(١) ينصرف من الكليات للكفوي ٣٠/٤.

(٢) لسان العرب لابن منظور ٥٠٩/٢. مادة: ضبط، والقاموس المحيط ٨٧٢، المصباح

٤٨٧، المعجم الوسيط ١/٥٣٥.

(١) ينصرف من القواعد الفقهية ليعقوب با حسين ص ٥٢.

(٢) مقدمة تحقيق المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي للدكتور محمد عبد الغفار الشريف ٣٨/١.

(٣) القواعد الفقهية ليعقوب باحسين ص ٥٤.

والضابط في الاصطلاح: «حكم كلي ينطبق على جزئياته»^(١). وهو مرادف للقاعدة، حيث قال التهانوي: «القاعدة... مرادف الأصل والقانون والمسألة والضابط والمقصد»^(٢). وقال الفيومي في المصباح المنير: «القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته»^(٣).

وفرق بعض العلماء بين القاعدة والضابط: بأن الضابط يجمع فروعاً من باب واحد. أما القاعدة فهي تجمع فروعاً من أبواب شتى. فقال السيوطي: «إن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمع فروعاً من باب واحد»^(٤). وعرف ابن السبكي الضابط بناءً على هذا التفريق بأنه: «ما اختص بباب، وقصد به نظم صور مشابهة» ويقصد منه ضبط الصور بنوع من الضبط من غير نظري مأخذها»^(٥).

ولا مانع من اعتبار التفريق بين الضابط والقاعدة في الاصطلاح. لأن المصطلحات تتغير وتتطور بكثرة الاستعمال، فقد يكون المصطلح مطلقاً في عصر، فينتقل إلى مقيد، وقد يكون عاماً فيصبح خاصاً.

ثانياً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً.

إذا كان الفارق الأساسي بين القاعدة والضابط هو أن القاعدة أوسع نطاقاً من الضابط. فإن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد من أبواب الفقه، بل تشمل أبواباً كثيرة منه. وأما الضابط الفقهية فإنه يختص بباب واحد من أبواب الفقه. قال الزركشي: «ملا يخص باباً من أبواب الفقه وهو المراد هنا، ويسمى بالقاعدة في اصطلاح الفقهاء. وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى ضوابط»^(٦).

وقد استعمل الفقهاء الضابط في عدة معان منها:

١- المعنى السابق وهو القضية الشرعية العملية الكلية المختصة بباب من أبواب الفقه، والمشملة بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها. ومن الأمثلة على ذلك: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا أربعة: أم مرضعة ولدك، وبنتها، ومرضعة أخيك، و(مرضعة) حفيدك»^(١).

٢- تعريف الشيء. ومثاله: «ضابط العصبية: كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى»^(٢). وقال السيوطي: «في ضبط المثالي أوجه: أحدهما كل مقدر بكيل أو وزن... والخامس: مالا يختلف أجزاء النوع الواحد»^(٣).

٣- المعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشيء. ومثاله ما ذكر القرافي في الجواب عن السؤال: ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف؟ «يجب على الفقيه أن يفحص عن أدنى مشاق تلك العبادة المعنية فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال. ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً. مثاله: التأذي بالقمل في الحج مبيح للحلق بالحديث، فأى مرض أدنى مثله أو أعلى منه أباح (الحلق) وإلا فلا. والسفر مبيح للفظر بالنص، فيعتبر به غيره من المشاق»^(٤).

٤- ويطلق الضابط على أقسام الشيء أو تقاسيمه. ومثاله ما ذكر ابن السبكي: «ضابط مسائل الخلع: فإن منها ما يقع بالطلاق فيه بالمس، ومنها ما يقع بهعر المثل، ومنها ما يقع رجعيّاً، ومنها ما لا يقع أصلاً»^(٥). وما ذكر السيوطي: «ضابط الولي في الإيجاب أقسام: أحدها: يجبر ويجبر وهو الأب...

(١) كشف اصطلاحات الفنون للتهانوي ٨٨٦/٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المصباح المنير ٧٠٠.

(٤) الأشياء والنظائر في النحو للسيوطي ٧/١. وتابعه على ذلك ابن نجيم في الأشياء والنظائر (ص ١٦٦) وقرره الكفوي في الكليات (٤٩/٤).

(٥) الأشياء والنظائر لابن السبكي ١١/١.

(٦) تشيف السامع للزركشي ص ٩١٩.

- (١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٤٧٦.
- (٢) الأشياء والنظائر لابن السبكي ٣٠٤/٢.
- (٣) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٦١.
- (٤) الفروق للقرافي ١١٩/١-١٢٠.
- (٥) الأشياء والنظائر لابن السبكي ٣٨٢/١.

والثاني: لا يجبر ولا يجبر وهو السيد في العبد على المرجح فيها.

والثالث: يجبر ولا يجبر، وهو السيد في الأمة.

والرابع عكسه أي لا يجبر ويجبر، وهو الولي في السفه^(١).

٥- وتطلق الضوابط الفقهية على الشروط والأسباب المتعلقة بأمر من الأمور. ومثاله أن الشافعية اشترطوا لانعقاد الجمعة أربعين^(٢). وذكر النووي ضابط انفساخ العقد بالأسباب التالية: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الخلف بأن شرط في العبد كونه كاتباً فخرج غير كاتب، والإقالة، والتحاليف، وتلف المبيع قبل القبض^(٣).

بهذا يبين بأن الضوابط الفقهية لها معنى واسع وشامل لكل ما يحصر ويحبس، سواء أكان بالقضية الكلية، أم بالتعريف، أم بذكر علامة الشيء، أم بالتقسيم، أم بالشروط والأسباب. ولذلك عرفها بعض المعاصرين بتعريف عام، وهو: «كل ما يحصر جزئيات أمر معين» ثم ربط بين هذا التعريف وتعريف ابن السبكي، وصاغ تعريفاً آخر وهو: «ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع واحد، غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر»^(٤).

لكن يلاحظ على هذين التعريفين أنهما عامان وغير مختصين بالضوابط الفقهية، والأولى إضافة قيد يخص التعريف بالضوابط الفقهية، فيقال في تعريفها: «ما انتظم صوراً متشابهة في موضوع فقهي واحد غير ملتفت فيها إلى معنى جامع مؤثر».

وتختص الضوابط الفقهية بأنها مستقاة من الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وغير ذلك من الأدلة. وهي أيضاً منسجمة مع مقاصد الشرعية الإسلامية، ومختصة بالأحكام العملية.

المطلب الثالث: العلاقة بين القواعد الكلية والضوابط الفقهية:

كما سبق يبين أن القواعد الكلية والضوابط الفقهية يشتركان في أن كلا منهما ينطبق على عدد من الفروع الفقهية، ولهذا نجد كثيراً من الفقهاء، لا يفرقون بين المصطلحين في الاستخدام، فيطلقون القاعدة على الضابط، والضابط على القاعدة.

وتختلف القواعد الفقهية عن الضوابط الفقهية من عدة وجوه.

١- الفارق السابق وهو أن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد مثل قاعدة: «الأمور بمقاصدها»^(١) والضابط الفقهي يختص بباب من أبواب الفقه مثل ضابط: «كل من أحرم خلف مقبم لزمة الإتمام إلا في مسألة واحدة، وهي ما إذا بان الإمام محدثاً أو جنباً»^(٢) وبذلك تكون القاعدة أوسع من الضابط أفقياً.

٢- الضوابط الفقهية لا تقتصر على القضية الكلية، وإنما تشمل بالإضافة إليها التعاريف وعلامة الشيء المميز له، والتفاسيم والشروط والأسباب وغير ذلك. في حين أن القاعدة الفقهية تقتصر على القضية الكلية. وبذلك يكون الضابط أوسع من القاعدة رأسياً.

٣- إن مساحة الاستثناءات الواردة على القواعد أوسع بكثير من مساحة الاستثناءات الواردة على الضوابط؛ لأن الضوابط الفقهية تضبط موضوعاً واحداً فلا تكثر فيها الاستثناءات^(٣).

٤- القواعد الفقهية تصاغ بعبارة موجزة وألفاظ تدل على العموم والاستغراق. أما الضوابط الفقهية فلا يشترط فيها ذلك، فقد تصاغ في جمل أو فقرة أو أكثر من ذلك، كما هو ملاحظ في قواعد ابن رجب، فإن أغلبها ضوابط فقهية وليست قواعد كلية.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٤٧٥.

(٢) الأصول والضوابط للنووي ص ٣٤.

(٣) المرجع السابق ص ٢٨.

(٤) القواعد الفقهية لعقوب باحسين ص ٦٦.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٤٩.

(٢) المرجع السابق ص ٤٤١.

(٣) بتصرف من القواعد الفقهية للنووي ص ٥٢.

المبحث الثاني

القواعد الفقهية والعلوم المشابهة .

توجد عدة علوم شرعية وغير شرعية ذات علاقة بالقواعد الفقهية منها: النظريات الفقهية، والقواعد الأصولية، والقواعد المقاصدية، والأشباه والنظائر، والفروق الفقهية، والقواعد القانونية، وفيما يلي بيان لمعنى كل علم وأوجه العلاقة بينه وبين القواعد الفقهية .

أولاً: النظريات الفقهية:

بدأ الفقه الإسلامي بالفروع والجزئيات، ثم انتقل إلى تقعيد القواعد الكلية والضوابط الفقهية. وهذا التقعيد مرحلة مهيأة لجمع المبادئ الأساسية والنظريات العامة في الفقه الإسلامي، ولكن الظروف التي نزلت بالمسلمين أوقفت العمل الاجتهادي عند مرحلة التقعيد الفقهي. وبقي الأمر كذلك إلى أن ظهرت النهضة الفقهية في هذا العصر، فقام العلماء بصياغة نظريات فقهية عامة: مثل نظرية الملكية، ونظرية الحق، ونظرية الشرط، فما المراد بالنظريات الفقهية، وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية؟

١ - المراد بالنظريات الفقهية:

أ- عرّف الأستاذ مصطفى الزرقاء النظريات الفقهية بأنها: «الدساتير والمفاهيم الكبرى التي تؤلف كل منها على حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً مبنياً في الفقه الإسلامي: كائناً أقسام الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام»^(١).

ب- وعرفها الأستاذ أحمد أبو سنة بأنها: «القاعدة الكبرى التي موضوعها كلي، تحته موضوعات متشابهة في الأركان، والشروط والأحكام العامة»^(٢).

(١) المدخل الفقهي العام للزرقاء ١/ ٢٣٥.

(٢) النظريات العامة للمعاملات للشيخ أحمد أبو سنة. نقلاً عن مقدمة الدكتور أحمد بن عبد الله بن حميد لكتاب القواعد المقرري ١/ ١٠٩.

ج- وعرفها الدكتور على الندوي بأنها: «موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية. حقيقتها: أركان وشروط وأحكام، تقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعاً»^(٣).

مما سبق يتبين أن النظرية الفقهية عبارة عن نظام عام لموضوع فقهي خاص، تنطوي تحته مسائل وفروع فقهية عديدة، تتعلق بتعريف الموضوع، وبيان مقوماته من أركان وشروط وموانع وضوابط، وبيان آثاره، وتحديد أسباب نهايته وغير ذلك.

٢- العلاقة بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية:

اختلف العلماء في بيان هذه العلاقة، فمنهم من قال بأن النظريات مرادفة للقواعد الفقهية، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة، حيث قال في أصول الفقه: «إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام الجزئية، وهي التي في مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي»^(٤).

وذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى التفريق بينهما النظريات الفقهية والقواعد الفقهية. ومن هؤلاء الأستاذ مصطفى الزرقاء، والشيخ أحمد أبو سنة والدكتور علي الندوي وغيرهم^(٥).

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من التفريق بينهما، وإن اشتركتا في أن كلا منهما يشتمل على فروع فقهية من أبواب مختلفة إلا أنهما يفترقان من عدة وجوه:

أ- النظرية الفقهية أكثر اتساعاً وشمولاً من القاعدة الفقهية؛ لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية والضوابط الفقهية ذات الصلة بموضوع النظرية: كنظرية التعسف في استعمال الحق، يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل: «الضرر يزال» و

(١) القواعد الفقهية للدكتور على الندوي ص ٥٤.

(٢) أصول الفقه لأبو زهرة ١٠، وانظر: مقدمة أحمد بوطاهر الخطابي لكتاب إيضاح المسالك للونشريسي، ص ١١١.

(٣) المدخل للزرقاء ١/ ٢٣٥، والنظريات العامة للمعاملات لأبو سنة ص ٤٤ نقلاً عن مقدمة ابن حميد لقواعد المقرري ١/ ١٠٩، والقواعد الفقهية للندوي ص ٥٥.

«درة المفاسد مقدم على جلب المصالح»، وإذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها بارتكاب أخفهما» وغير ذلك.

غير أن القاعدة الفقهية قد تكون في بعض الأحيان أعم من النظرية الفقهية من وجه آخر، فقد تكون القاعدة الفقهية ذات صلة بعدة نظريات فقهية: كقاعدة: «الأمور بمقاصدها» فهي تتصل بعدة نظريات: كنظرية القدر والملكية، والمؤيدات الشرعية وغير ذلك، فتكون العلاقة بين النظرية والقاعدة العموم والخصوص الوجهي^(١).

ب- النظرية الفقهية تتضمن في الغالب المقومات الأساسية من أركان وشروط وضوابط، وهذا ما لا تتضمنه كثير من القواعد الفقهية.

ج- النظرية الفقهية لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها؛ لأنها مجرد هيكل عظمي ينظم مجموعة من القضايا المتجانسة في إطار ذلك الهيكل، في حين أن القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها ويستند ذلك الحكم إلى أدلة شرعية من الكتاب أو السنة أو القياس أو غير ذلك^(٢).

د- النظرية الفقهية تصاغ على شكل بحث أو كتاب مطول. في حين أن القاعدة الفقهية تصاغ بعبارة موجزة دقيقة.

ثانياً: القواعد الأصولية:

إن العلماء المسلمين وضعوا قواعد أصولية لاستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية. وأول من دونها في كتاب مستقل هو الإمام الشافعي في كتاب «الرسالة» وهي بذلك تكون سابقة على تدوين القواعد الفقهية. فما المراد بالقواعد الأصولية؟ وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالقواعد الأصولية.

يبين سابقاً معنى القواعد، وأما الأصولية فهي نسبة إلى علم أصول الفقه وهو:

(١) القواعد الفقهية لباً حسين ص ١٤٩، قواعد المقاصد للكيلاني ص ٢٦

(٢) القواعد الفقهية للدوي ص ٥٥.

«العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية»^(١). وبناء على هذا يمكن تعريف القواعد الأصولية بأنها: «قضية كلية يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية» ومثالها: الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة. والنهي يقتضي الفور والدوام. وقد اهتمت أغلب كتب التخریج بتخريج الفروع على القواعد الأصولية: كتخريج الفروع على الأصول للزنجاني.

٢- العلاقة بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية:

جمع كثير من العلماء السابقين في كتب القواعد الفقهية بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، ومن هؤلاء القرافي في كتاب الفروق، والسيوطي في الأشباه والنظائر، وابن نجيم في الأشباه والنظائر؛ وذلك لأن كلا النوعين من القواعد يشتركان في أنها قضايا كلية وأصول عامة يندرج تحتها فروع وجزئيات متعددة فهما يقومان بتأصيل الفروع والجزئيات الفقهية التي لا تنتهي، ولذلك اعتبرها القرافي من أصول الشريعة التي تضبط فروعها، حيث قال: «فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى مئارها شرفاً وعلواً اشتملت على أصول وفروع. وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو: «الأمر للوجوب» و«النهي للتحريم» و«الصيغة الخاصة للعموم» ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط إلا لكون القياس حجة وخبر الواحد وصفات المجتهدين.

والقسم الثاني: قواعد كلية جلية كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى^(٢).

كما أنهما يشتركان في خدمة الفقه الإسلامي والكشف عن الحكم الشرعي لكثير من الأفعال والتصرفات. فالقاعدة الأصولية: «الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة» تكشف عن

(١) حاشية العبد على مختصر المنتهى لابن الحاجب مع حاشية التفاتاني ١٨/١. والمدخل لابن بدران ص ٥٨.

(٢) الفروق للقرافي ٢/١.

الحكم في قوله تعالى: ﴿إِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]، فالأمر بالانتشار في طلب الرزق جاء بعد النهي عن البيع وقت صلاة الجمعة، فيفيد هذا الأمر الإباحة. ولهذا قال الزنجاني: «لا يخفي عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول، وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط ولا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع وأدلتها التي هي أصول الفقه، لا يتسع له المجال، ولا يمكنه التفريع عليها بحال، فإن المسائل الفرعية على اتساعها وبعد غايتها لها أصول معلومة، وأوضاع منظومة ومن لم يعرف أصولها لم يحط بها علماً»^(١).

وإذا كانت القواعد الأصولية والفقهية تشتركان في هذا القدر من الخصائص فإنهما يختلفان من عدة وجوه وهي:

أ- القواعد الأصولية ناشئة -في معظمها- عن الألفاظ العربية وما يعرض لها من نسخ وترجيح وعموم وخصوص وأمر ونهي وغير ذلك. في حين أن القواعد الفقهية نشأت من الاستقراء، وذلك بتتبع الأحكام الواقعة على أفعال المكلفين في الفقه وبذلك اجتمعت الأشياء مع أشباهها والظواهر مع نظائرها في قاعدة واحدة^(٢).

ب- القواعد الأصولية سابقة للجزئيات والفروع الفقهية من حيث وجودها الذهني والواقعي؛ لأن المجتهد ينطلق في استنباطه الأحكام من تلك القواعد الأصولية، فيعرف طرائق الاستنباط وقوة الأدلة الفقهية ومراتبها وكيفية الترجيح بينها عند تعارضها. أما القواعد الفقهية؛ فهي متأخرة عن الجزئيات والفروع الفقهية لأنها مجموعة الضوابط التي تجمع الأحكام المشابهة والروابط التي تربط بين المسائل الجزئية. فهي متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الجزئيات^(٣).

- (١) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٣٤.
- (٢) سد الذرائع في الشريعة الإسلامية لمحمد هشام البرهاني ص ٥٦، قواعد الفقه الإسلامي لمحمد الروكي ص ١١٩.
- (٣) مالك لأبو زهرة ص ٢٠٦.

ج- القواعد الأصولية لا يفهم منها أسرار الشرع ولا حكمته، في حين أن القواعد الفقهية يفهم منها ذلك، كما نبه القرافي إلى ذلك^(٤). لأن القواعد الأصولية تركز على جانب الاستنباط، وتلاحظ جوانب التعارض والترجيح، وما شابه ذلك من القواعد ليس فيها شيء من ملاحظة مقاصد الشارع. أما القواعد الفقهية فهي مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الرابط بينها ومعرفة المقاصد الشرعية التي دعت إليها^(٥).

د- القواعد الأصولية في حقيقتها قواعد استدلالية، يلتزمها الفقيه: ليعتصم بها عن الخطأ في الاستنباط. مثل: «النهي المطلق يفيد التحريم» فهي تعين الفقيه في اكتشاف الحكم الشرعي، وليست هي ذات الحكم ولا تعبر عنه. في حين أن القواعد الفقهية تعبر عن حكم شرعي كلي مثل: «الأمور بمقاصدها» فهي تتضمن حكماً شرعياً كلياً يندرج تحته الكثير من الجزئيات التي يتحقق فيها موضوع الكلي العام أو مناطه. ولذلك يرجع الفقيه إليها لاستحضار الأحكام الفقهية^(٦).

هـ- القواعد الأصولية أكثر إطراداً وعموماً من القواعد الفقهية، حيث ترد على القواعد الفقهية كثير من الاستثناءات تجعلها قواعد أكثرية أو أغلبية. أما القواعد الأصولية فاستثناءاتها قليلة لا تكاد تذكر^(٧).

و- القواعد الأصولية لها من الحمجة والقوة، بحيث يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية. أما القواعد الفقهية فلا يصح الاعتماد عليها وحدها لبيان الحكم الشرعي إلا إذا كانت تستند إلى دليل شرعي بعصدها؛ مثل «لا ضرر ولا ضرار» و «الخراج بالضمان» و «الأمور بمقاصدها» فإنها حمجة؛ لأنها تستند إلى

- (١) الفروق للقرافي ٢/١.
- (٢) مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر ابن عاشور ص ٦.
- (٣) أصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص ١٠، قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص ١١٩.
- (٤) سد الذرائع للبرهاني ص ١٦٠، قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص ١٢٠.

نصوص شرعية. وأرجع البعض عدم حجيتها إلى كون القواعد الفقهية أغلبية ترد عليها الاستثناءات^(١) أو أن بعضها مما اختلف الفقهاء فيه لأنها تستند إلى دليل ظني. والسبب الأول محل نظر- كما سيأتي في حجية القواعد-.

ز- القواعد الأصولية موضوعها الأدلة السمعية أو أعراض الأدلة: كصيغة الأمر تقتضي الوجوب، إذا لم يصرفها عنه صارف؛ أو العام المخصوص حجة ظنية وغير ذلك. أما القواعد الفقهية فموضوعها فعل المكلف سواء كان فعلاً أو قولاً: كمقد المكلف ونيته.

لكن قد توجد بعض القواعد التي تشمل الموضوعين (الدليل والفعل) مثل: العرف، وسد النرائع. فإذا نُظر إلى العرف على أنه فعل صادر من المكلف كان قاعدة فقهية، وإذا نُظر إليه على أنه إجماع عملي كان قاعدة أصولية. وإذا نظر إلى سد النرائع على أنه فعل مباح أدى إلى محرم كان قاعدة فقهية، وإذا نُظر إليه على أنه دليل على تحريم ما أدى إليه كان قاعدة أصولية^(٢).

ثالثاً: القواعد المقاصدية:

نبه علماء الفقه والأصول إلى مقاصد الشريعة ومن هؤلاء الغزالي والجزيني وابن تيمية وابن القيم. وأول من دون هذا العلم كنظرية مستقلة الإمام الشاطبي (ت ٧٩٠هـ) في كتابه الموافقات. فما المراد بالقواعد المقاصدية، وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية؟.

١- المراد بالقواعد المقاصدية.

استعمل العلماء السابقون لفظ المقاصد لكنهم لم يحددوا له معنى. ولما جاء العلماء المعاصرون حددوا معناه فعرفَ الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور مقاصد الشريعة بأنها:

(١) سالفوائد الفقهية للتدوي ص ٢٩٥.

(٢) سد النرائع للبرهاني ص ١٦٠، القواعد الفقهية لعقوب با حسين ص ١٣٨.

«المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تخلص ملاحظاتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة، وغايتها العامة التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها»^(١). فيلاحظ على هذا التعريف أنه يغلب عليه البيان والتوضيح والتفصيل لا الحد، كما يلاحظ عليه أنه يدخل في المقاصد الخصائص العامة للتشريع من توازن ووسطية وشمول وسماحة وغير ذلك. وعرفها الفاسي بأنها: «الغاية منها (أي من الشريعة)، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها»^(٢). وبعبارة أخرى: «المعاني الغائية التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامها»^(٣).

وبناء على ما سبق يمكن تحديد معنى القواعد المقاصدية بأنها: «قضية كلية تعبر عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام وتستفاد عن طريق الاستقراء للأحكام الشرعية».

٢- العلاقة بين القواعد المقاصدية والقواعد الفقهية.

تتفق القواعد المقاصدية والفقهية في أن كلا منهما قضية كلية، وغايتها واحدة: وهي الوقوف على الحكم الشرعي في الوقائع والمستجدات، وأنهما فييدان في معرفة حكم الشريعة وأسرارها. وتختلفان من عدة وجوه:

أ- القاعدة المقاصدية حقيقتها بيان حكم الشريعة وأسرارها التي توخاها الشارع من أصول التشريع، ومثال ذلك: «أن مقصود الشارع من مشروعية الرخص الرفق بالمكلف من تحمل المشاق»^(٤) فهذه القاعدة تقرر الحكمة والغاية من تشريع الرخص. ولا تقتصر

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور ص ٥١.

(٢) مقاصد الشريعة ومكارمها لجمال الفاسي ص ٣.

(٣) قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي لعبد الرحمن الكيلاني ص ٣٢.

(٤) الموافقات للشاطبي ١/ ٣٤١.

على بيان الحكم الكلي للرخص. وهذا يؤدي إلى سرعة الامتثال من قبل المكلف^(١)، أما القاعدة الفقهية فتقتصر على بيان الحكم الشرعي الكلي الذي تندرج تحته جزئيات متعددة فإذا كان موضوع القاعدة المقاصدية أهداف الشريعة وغاياتها العامة؛ فإن موضوع القاعدة الفقهية فعل المكلف.

ب- القاعدة المقاصدية لها من الحجية والقوة، بحيث يمكن الاستناد إليها في الاستدلال؛ لأن المعنى العام كالنص العام سواء بسواء من حيث القوة والاعتبار وصلاحته في الاستدلال، ولأنه يستند إلى الاستقراء. يقول الشاطبي: «العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط، بل له طريقان: أحدهما: الصيغ إذا وردت وهو المشهور في كلام أهل الأصول. والثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ^(٢)» أما القاعدة الفقهية فلا يصح الاعتماد عليها وحدها في الاستدلال إلا إذا كانت تستند إلى نص شرعي كما بينا في الفرق بين القواعد الأصولية والفقهية.

ج- القواعد المقاصدية حاکمة على القواعد الفقهية ومقدمة عليها عند التعارض؛ لأن القواعد المقاصدية تعبر عن أهداف التشريع وغاياته. أما القواعد الفقهية فتعبر عن وسائل تلك الأهداف والغايات. والغاية مقدمة على الوسيلة كما قرر المقرئ: «مرعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل أبداً»^(٣).

رابعاً: الأشباه والنظائر الفقهية:

الأشباه والنظائر علم من علوم الفقه باعتباره يرتكز أساساً على الفروع الفقهية. وترجع نشأته إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الذي ذكر في كتابه الذي أرسله

إلى أبي موسى الأشعري والذي جاء فيه: «اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك»^(١) وقد ظل هذا العلم في بطون الكتب إلى أن أفرده بمصنف مستقل أبو عبد الله محمد بن عمر المعروف بابن الركيل (ت ٧١٦هـ) سماه: «الأشباه والنظائر» فما المراد بالأشباه والنظائر وما العلاقة بينه وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالأشباه والنظائر الفقهية:

الأشباه: هي الفروع الفقهية التي تشبه مع بعضها البعض في أكثر الوجوه^(٢). مما يقتضي التساوي في الحكم.

والنظائر: هي الفروع الفقهية التي تشبه مع بعضها البعض في بعض الوجوه ولو كان وجهاً واحداً^(٣) مما يقتضي الاختلاف في الحكم.

وقد اهتم علم الأشباه والنظائر ببيان المسائل الفقهية المشابهة في المعنى المتحدة في الحكم، والمسائل المشابهة في الظاهر المختلفة في المعنى والحكم، لأن التماثل في الحكم يرجع إلى الاتحاد في المعنى لا الظاهر. ولكن كتب الأشباه والنظائر لم تقتصر على تلك المسائل، وإنما أضافت إليها المسائل المشابهة في الظاهر والحكم، وهي التطبيقات الفقهية على القواعد الفقهية. وهذا النوع من المسائل هو الغالب في تلك الكتب، حيث تصدر القواعد الفقهية هذه الكتب. فيشتمل هذا العلم على القواعد الفقهية والفرق الفقهية.

٢- العلاقة بين الأشباه والنظائر والقواعد الفقهية.

الأشباه والنظائر الفقهية تتفق مع القواعد الفقهية من حيث الموضوع، وهو الفروع الفقهية المشابهة، كما تتفان من حيث الأثر وهو الكشف عن الحكم الشرعي. وتختلفان من عدة وجوه منها:

(١) الحواشي في الفتاوى للسيوطي ٤٦٦/٢.

(٢) المرجع السابق.

(١) قواعد المقاصد للكيلاني ص ٥٦.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٩٨/٢.

(٣) القواعد للمقرئ ١/٣٣٠. وانظر الفروق للقرافي ٢/٣٣.

أ- الأشياء والنظائر الفقهية أعم من القواعد الفقهية - كما بينا سابقاً - .

ب- الأشياء والنظائر الفقهية تهتم بالفروع والجزئيات المتشابهة . في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالرباط الجامع للفروع والجزئيات^(١) .

خامساً: الفروق الفقهية:

الفروق الفقهية علم من علوم الفقه باعتباره يركز أساساً على الفروع الفقهية . وأول من ألفت فيه الإمام أحمد بن عمر بن سريج^(٢) (٣٠٦هـ) الشافعي . فما المراد به وما العلاقة بينه وبين القواعد الفقهية؟

١- المراد بالفروق الفقهية:

عرف السيوطي الفروق الفقهية بأنها: «الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصوراً ومعنى المختلفة حكماً وعلّة»^(٣) .

واقترح الدكتور يعقوب با حسين تصوراً لهذا العلم بأنه: «العلم الذي يبحث فيه عن وجوه الاختلاف وأسبابها بين المسائل الفقهية المتشابهة في الصورة والمختلفة في الحكم: من حيث بيان معنى تلك الوجوه، وماله صلة بها، ومن حيث صحتها وفسادها، وبيان شروطها، ووجوه دفعها، ونشأتها وتطورها وتطبيقاتها والثمرات والفوائد المترتبة عليها»^(٤) .

(١) القواعد الفقهية لبأ حسين ٩٨ .

(٢) توجد عدة كتب في الفروق الفقهية بالإضافة إلى كتب الأشياء والنظائر ومن تلك الكتب: الفروق الفقهية لأبي الفضل مسلم بن علي الدمشقي (توفي في القرن الخامس الهجري)، والفروق لأسعد بن محمد الكواكبي الحنفي (٥٧٠هـ)، وعدة البروق في جمع ما في المنع من الجموع والفروق لأحمد يحيى الرنثريسي (٩١٤هـ) .

(٣) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٧ .

(٤) الفروق الفقهية والأصولية ليعقوب با حسين ص ٢٥ .

وموضوع الفروق الفقهية الفروع الفقهية المتشابهة في الصور والمختلفة في الحكم، من حيث بيان أسباب الاختراق أو الاجتماع فيما بينها، وما يتعلق بذلك من الأمور^(١) . فهو جزء من الأشياء والنظائر بينهما عموم وخصوص .

٢- العلاقة بين الفروق الفقهية والقواعد الفقهية:

تتفق الفروق والقواعد الفقهية من حيث الموضوع وهو الفروع الفقهية المتشابهة . ويختلفان من عدة وجوه منها:

أ- الفروق الفقهية تهتم بالفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة المختلفة من حيث الحكم . في حين أن القواعد الفقهية تهتم بالفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة والمعنى والحكم .

ب- الفروق الفقهية تبحث في أسباب الاختراق بين الجزئيات المتشابهة . في حين أن القواعد الفقهية تبحث في الرابط الجامع للفروع والجزئيات .

سادساً: القواعد القانونية والمبادئ العامة:

بقى المسلمون منذ ظهور الإسلام يطبقون التشريع الإسلامي وحده إلى أن جاء الاستعمار الغربي الذي فرض قوانينه على البلاد الإسلامية المستعمرة: كالهند والجزائر ومصر . ومن ثم انتقلت تلك القوانين إلى بقية الدول الإسلامية، فأصبحت تلك الدول تطبق القانون الوضعي في كثير من الجوانب . فما حقيقة القواعد القانونية؟ وما علاقتها بالقواعد الفقهية؟

(١) المرجع السابق؛ وانظر مقدمة الفروق الفقهية لأبي الفضل الدمشقي للمحققين محمد أبو الأجنان، وحمزة أبو فارس ص ٢٨ .

١ - المراد بالقواعد القانونية والمبادئ العامة.

القانونية نسبة إلى القانون. وقد اختلف في أصله. هل هو عربي أو معرب؟ فقال ابن منظور: قانون كل شيء طريقه ومقياسه وقال ابن سيده: أراها دخيلة: أي معربة، وهو الراجح؛ لأن ابن منظور رجع عن قوله، وقال في آخر المادة: القوانين: الواحد قانون وليس بعربي^(١) لكنها قد تكون مستعملة عند العرب من قديم.

والقانون في الاصطلاح: «مجموعة القواعد القانونية المتبعة في دولة معينة مهما كان مصدرها»^(٢)، وبعبارة أخرى: «مجموعة القواعد التي تحكم أعمال الناس في المجتمع وتلزمهم باحترامها ولو بالقوة إذا لزم الأمر»^(٣). فالقانون ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض، أو علاقاتهم بالدولة أو علاقات الدول بعضهم ببعض ولا يدخل فيه ما ينظم علاقة الفرد بالله تعالى، ولا الأخلاق.

فالقاعدة القانونية: هي الوحدة التي يتكون منها القانون المطبق في بلد ما. وهي تنقسم بالخصائص التالية:

أ- الوضعية: فهي من وضع الإنسان وعمله، سواء أكان فرداً أم جماعة، ومن الجائز أن يكون الدين مصدراً من مصادرها.

ب- العناية بالسلوك الخارجي للظاهر للأفراد: فلا تهتم بالنوايا الباطنة للإنسان طالما أنها لم تظهر للعالم الخارجي. أما إذا أعقب النية فعل فالقانون يهتم بالنية حيثئذ؛ لأنها تتصل بالسلوك الخارجي للأفراد، ويكون لذلك أثره في التكيف القانوني للفعل الظاهر نفسه. ومثال ذلك العزم على القتل لا شأن للقانون به، ولكن إذا ثبت أن القاتل كان

يقصد القتل فإنه يعامل على أساس أنها جريمة عمد مع سبق الإصرار، وتكون العقوبة مشددة. أما إذا لم يقصد القتل فإنه يعامل على أساس أنها جريمة خطأ^(٤).

ج- تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع، فالقانون مرآة للبيئة التي يعيش فيها ويتأثر بالزمان والمكان. ولهذا يختلف القانون من دولة إلى دولة ومن عصر إلى عصر، فهو يتطور بتطور المجتمع، ولذلك نرى المشرع يتدخل في القانون لتعديله وتغييره؛ كي يتلاءم مع الظروف الجديدة.

د- عامة مجردة. فالقاعدة القانونية لا تتعلق بشخص معين، ولا بواقعة معينة، لأن الأشخاص غير محصورين والوقائع غير متناهية. ولذا فالقاعدة القانونية تتعلق بالأشخاص بصفاتهم لا بأعيانهم، وبالوقائع بشروطها وأوصافها لا بأعيانها. ولذلك يصار عند وقوع الواقعة إلى التكيف القانوني.

هـ- ملزمة. فالإلزام من الصفات الأساسية في القاعدة القانونية إذ توقع السلطة جزءاً مادياً دنيوياً على مخالفي القاعدة، لأنها لو تركت القاعدة دون جزاء لما التزم بها أحد من الأفراد. ولفقدت القواعد القانونية قيمتها، ولما أمكن اعتبارها قواعد قانونية.

و- مصاغة صياغة دقيقة محكمة. فالقاعدة القانونية لا تقتصر على الوقوف على الأحكام القانونية، وإنما تصاغ صياغة دقيقة محكمة لكنها غير موجزة.

بهذا يتبين أن القواعد القانونية تشبه الضوابط الفقهية من حيث الشكل والصورة، ولا تشبه القواعد الفقهية. والذي يشبه القواعد الفقهية في الاصطلاح القانوني المبادي العامة أو الأمثال القانونية، وهي: «القضايا الكلية التي تستخلص من أحكام القانون، وتتخذ أساساً لاستنباط الأحكام التفصيلية للمسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص»^(٥).

(١) لسان العرب لابن منظور، مادة «قن» ١٧٧/٣.

(٢) متجمل مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم ص ٣٢٤.

(٣) أصول القانون والقواعد الفقهية: لعباس حسني ص ١.

(١) الفقه المقارن لعبد الفتاح كبرية ص ٨٠.

(٢) أصول القانون والقواعد الفقهية لعباس حسني ص ٣٣.

٢- العلاقة بين القواعد والمبادئ القانونية والقواعد الفقهية.

تتفق القواعد القانونية مع الضوابط الفقهية من حيث مجالها، فهي تختص بباب واحد، ومن حيث دقة الصياغة، ومن حيث الالتزام بها، والعمومية والتجريد. وتتفق المبادئ العامة مع القواعد الفقهية من حيث الكلية والاستيعاب والتجريد، ومجالها، ودقة الصياغة. وتختلف عنها من عدة وجوه.

أ- القواعد القانونية والمبادئ العامة هي في نشأتها ومصادرها وصياغتها من وضع البشر، تعتمد في الغالب على الأعراف والعادات التي تستقر في المجتمع. أما القواعد الفقهية فهي مصدرها ونشأتها من القرآن والسنة النبوية والاجتهاد في إطار المصدرين الأساسيين، فهي ربانية المصدر، وإن صيغت ورتبت من قبل الفقهاء والمجتهدين.

ب- القواعد القانونية والمبادئ العامة تحكم الجانب القضائي فقط، فلا تشمل على أحكام العقيدة والعبادات والأخلاق. أما القواعد الفقهية فهي تحكم الجانب الديني والقضائي في آن واحد. فهي تشمل العقيدة والعبادات والمعاملات والأخلاق، فتجعل القواعد الفقهية أساس العمل هو النية والإخلاص لله تعالى.

بهذا يتبين أن القواعد الفقهية أوسع وأشمل من القواعد القانونية؛ لأن القواعد الفقهية تعني بالفرد في جميع مجالاته الدنيوية والأخروية، كما تعني بالدولة وعلاقتها بغيرها من الدول.

ج- القواعد القانونية تأخذ بالظاهر ولا تلتفت إلى بواطن الأمور -كما بينا سابقاً- في حين أن القواعد الفقهية تأخذ بالظاهر والباطن. فالنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً صحيحاً أو فاسداً، طاعة أو معصية. كما قال ابن القيم: «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في القربات والمبادات. فالعقيدة والنية والاعتقاد تجعل الشيء حلالاً أو حراماً، صحيحاً

أو فاسداً، طاعة أو معصية»^(١). أي أن البواعث المنافية للأخلاق تؤثر في المعاملة، فإذا ثبت أن الفرد الموصي يهدف من وراء الوصية إلى الإضرار بالورثة فعندئذ يحكم ببطان الوصية. وكذلك بالنسبة إلى الطلاق، فإذا كان الدافع إليه هو الرغبة في الهروب من الإرث فعندئذ يردُّ هذا القصد، وترث المرأة من زوجها، ولو كانت مطلقة: كمن يطلق امرأته في مرض الموت طلاقاً بائناً.

د- الجزء في القواعد القانونية يقتصر على الجزء الدنيوي من جزاء جنائي أو مدني أو إداري أو غير ذلك. في حين أن الجزء في القواعد الفقهية يشمل الدنيوي والأخروي؛ فالقاتل عمداً يأثم في الآخرة، ويعاقب بالقصاص في الدنيا.

(١) معجم مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم ص ٣٢٥

Σ 0

هذا غيض من فيض من القواعد الكلية وجوامع الكلم الواردة في القرآن الكريم، وهي تنصف بصفات الكمال من حيث الصياغة والبلاغة والفصاحة والإحكام، فلا يستغني عنها فقيه عند تعقيد القواعد الفقهية.

ثانياً: السنة النبوية:

لقد أعطي النبي ﷺ جوامع الكلم ومفاتيحه حيث قال ﷺ: «أعطيت مفاتيح الكلم»^(١) وقال: «بُعِثَ بجوامع الكلم»^(٢) وفي رواية: «أعطيت جوامع الكلم، واختصر لي الكلام اختصاراً»^(٣). فالمراد بمفاتيح الكلم لفظ قليل يفيد معاني كثيرة. وهذا غاية البلاغة^(٤). وكذلك جوامع الكلم واختصاره تدل على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى بنظم لطيف لا تعقيد فيه. قال المناوي في بيان معنى جوامع الكلم: «أي ملكة اقتدر بها على إيجاز اللفظ مع سعة المعنى، بنظم لا تعقيد فيه يعثر الفكر في طلبه، ولا تتواء يحار الذهن في فهمه»^(٥). فقد كان النبي ﷺ ينطق بالحكمة التي تخرج مخرج القاعدة الكلية والمبدأ العام الذي ينطوي على أحكام وجزئيات كثيرة. ومن الأمثلة على ذلك:

١- قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»^(٦).

٢- وقوله ﷺ: «الدين النصيحة»^(٧).

٣- وقوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(٨).

٤- وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٩).

فهذا الحديث من جوامع الأحاديث للأحكام الشرعية. قال ابن رجب في شرحه: «هاتان كلمتان جامعتان، وقاعدتان كليتان لا يخرج عنها شيء»^(١٠)، وقال ابن القيم فيهما: «النبي ﷺ قال كلمتين كفنا وشفنا، وتحتهما كنوز العلم... فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلا بالنية. ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال»^(١١).

٥- وقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١٢) ففي هذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد القضاء. قال النووي فيه: «هذا حديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع»^(١٣).

٦- وقوله ﷺ: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فقلبه، وذلك أضعف الإيمان»^(١٤) فهذا الحديث دليل قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»^(١٥).

وقد جمع كثير من العلماء الأحاديث الجوامع في مصنفات خاصة ومن ذلك: الإيجاز وجوامع الكلم من السنن المأثورة لأبي بكر بن السني، والشهاب في الحكم والآداب

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (١٩)، ١٠/٣.

(٢) صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب (١)، ٢/١.

(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ١١.

(٤) إعلام الموقعين لابن القيم ١٢٣/٣.

(٥) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب (١١)، ٦٢٦/٣. وقال: فيه مقال

(٦) شرح النووي على مسلم ٣٠١/٤.

(٧) صحيح مسلم، كتاب الإيمان رقم لحديث (٧٨)، ٦٩/١.

(١) الإكليل في استنباط التزليل للسيوطي ص ٢٦.

(٢) صحيح البخاري، كتاب تعبير الرؤيا، باب (١١)، ٧٢/٨.

(٣) صحيح مسلم، كتاب المساجد، ٣٧١/١.

(٤) الجامع الصغير للسيوطي مع فيض القدير المناوي (١/٥٦٣) وقال السيوطي: حسن.

(٥) عمدة القاري، للعليني ١٤٢/٢٤، وانظر: فتح الباري لابن حجر ٣٩٠/١٢، شرح النووي على مسلم ٥/٥.

(٦) فيض القدير للمناوي ١/٥٦٣.

(٧) صحيح البخاري، كتاب الإجازة باب (١٤)، ٥٢/٣.

(٨) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٤٢)، ٢٠/١.

لأبي عبد الله القاضي. وقد اهتم أبو عمرو بن الصلاح بالأحاديث الكلية، وهي الأحاديث الجوامع التي يقال: إن مدار الدين عليها، وما كان في معناها من الكلمات الجامعة الوجيزة. هذا بالإضافة إلى كتاب الأربعين النووية ليحيى بن شرف النووي وشرحها لابن رجب. وغير ذلك من الكتب التي تشكل مصدراً خصباً للقواعد الفقهية في وجودها وصياغتها. فبعض هذه الأحاديث يعتبر دليلاً خاصاً لقاعدة فقهية كلية، وبعضها يعد ذاته وألفاظه قاعدة فقهية: كقاعدة «الخراج بالضمنان».

ثالثاً: آثار الصحابة والتابعين.

تأثر السلف الصالح من الصحابة والتابعين. بمنهج النبي ﷺ في فهم نصوص الشريعة وبيان مقاصدها، والتعبير عنها بعبارات موجزة واضحة تخرج مخرج القاعدة الكلية. وذلك لأنه كلما كان عهد الإنسان بالرسول ﷺ أقرب كان أعلم بالمعقول والمنقول، ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «خير الناس قرني ثم الذي يلونهم ثم الذي يلونهم...»^(١) وقد ترك السلف الصالح آثاراً كثيرة في مجال القواعد الفقهية مما يعد مصدراً لهذا المجال من العلم. ومن ذلك:

- ١- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ت ٢٣هـ) «مقاطع الحقوق عند الشروط»^(٢).
- ٢- وقوله: «لا عفو في الحدود عن شيء منها بعد أن تبلغ الإمام، فإن إقامتها من السنة»^(٣).
- ٣- وقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه (ت ٤٠هـ): «ليس على صاحب العارية ضمان»^(٤).

٤- وقول شريح القاضي (ت: ٧٨هـ): «ليس على المستعير، ولا على المستودع غير المغل ضمان»^(٥).

٥- وقوله: «لا يقضى على غائب»^(٦).

٦- وقوله إبراهيم النخعي (ت ٩٦هـ): «كل قرض جر منفعة فهو ربا»^(٧).

٧- وقول الشعبي (ت ١٠٦هـ): «المعتدي في الصدقة كمانعها»^(٨).

٨- وقول قتادة (ت ١١٨هـ): «كل شيء لا يقاد يقتص منه فهو على العاقلة»^(٩).

٩- وقول حماد (ت ١١٩هـ): «كل فرقة كانت من قبل الرجل فهي تطليقة، وكل فرقة من قبل المرأة فليست بشيء»^(١٠).

رابعاً: اجتهادات الفقهاء:

إن القواعد الفقهية كانت موضع اهتمام الفقهاء منذ العصور الأولى للفقه الإسلامي، فبذلوا جهوداً كبيرة في صياغتها، والتخريج عليها، والاستئناس بها في الكشف عن الأحكام الفقهية. كما بذلوا جهوداً في استنباطها من الأصول الشرعية ومبادئ اللغة العربية ومسلمات المنطق ومقتضيات العقول، فالفقيه يجمع الأحكام المتشابهة التي تنظمها قاعدة كلية جامعة، ويستقريء الأحكام والحجرات للخروج برابط يربطها. ويضع الضوابط الفقهية لتحسين الفقه الإسلامي من البعث والزلل وانفراط عقد، وقد اتبع العلماء في تقعيد القواعد وإنشائها طريقتين: الأولى: استنباط القواعد الفقهية من النصوص.. والثانية: الاستقراء. وفيما يلي بيان لهاتين الطريقتين:

(١) المصنف لعبد الرزاق ١٧٩/٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ٣٠٤/٨.

(٤) المصنف لابن أبي شيبة ١٨٠/٦.

(٥) الخراج لأبي يوسف ص ٨٣.

(٦) المصنف لابن أبي شيبة ٧/٧.

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٥٥/١.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٩)، ١٥١/٣.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب (٦)، ١٧٥/٣.

(٤) المصنف لعبد الرزاق ٤٤١/٧، وانظر: القواعد الفقهية لباحسين ٢٩٠.

الاستنباط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين: هو استخراج الأحكام الشرعية من مصادرها بواسطة القواعد الأصولية التي تقعد عملية تفسير النصوص الشرعية تفسيراً فقهاً^(١). والأحكام إما أن تكون كلية أو جزئية. فالقواعد الأصولية تستنبط بها الفروع الفقهية، فإذا تكونت منها الفروع يبحث فيها عن عللها وحكمها للجمع بين المتشابهات والخروج برابط يربطها، وهو القاعدة الكلية. يقول الدكتور محمد سلام مذكور: «الفقيه ينبغي أن يحيط أولاً بأحوال الدليل، وما يتعلق به من قواعد أصولية قبل العمل به، ثم يستخلص القاعدة الفقهية»^(٢).

بهذا يتبين أن الطريقة الأولى لإنشاء القاعدة وتكوينها هو الاستنباط الذي يقوم على القواعد الأصولية مثل: «الأمر يفيد الوجوب»، و «النهي يفيد التحريم»، و «التكرار في سياق النفي نعم» و «القياس حجة» وهي سابقة للاستقراء، لأن القاعدة الكلية تشتمل على حكم وكلية. والسبيل إلى معرفة الحكم هو الاستنباط. وأما معرفة الكلية فبالاستقراء^(٣).

الطريقة الثانية: الاستقراء:

الاستقراء في اللغة التبع. وفي الاصطلاح: «تصفح أمور جزئية لتحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات»^(٤) وبعبارة أخرى: «أن تصفح جزئيات كثيرة داخلية تحت معنى كلي، حتى إذا وجدت حكماً في تلك الجزئيات حكمت على ذلك الكلي به»^(٥).

والاستقراء نوعان: تام، وناقص.

١- فالاستقراء التام: هو أن يثبت الحكم في كل جزئي من جزئيات الكلي. وهو لا يكون إلا في العقليات. ويسمى الاستقراء المنطقي. ويفيد القطع^(١). ومن أمثلته: كل جسم متحيز، وكل متغير حادث.

٢- والاستقراء الناقص: هو أن يثبت الحكم في الكلي لثبوته في أكثر جزئياته. بمعنى أن لا يكون فيه تنوع لجميع جزئيات الكلي، وإنما يتم التبع لأكثر الجزئيات. وهذا هو المقصود بالاستقراء عند الفقهاء، ويثبت به الحكم على سبيل الظن؛ لكن هذا الظن يختلف في درجته وقوته باختلاف الجزئيات المتتبعة، فكلما كانت أكثر؛ كان الظن أغلب وأقوى ومن أمثلته عند الفقهاء: «الوتر ليس بفرض؛ لأنه يؤدي على الراحلة، فالفرض لا يؤدي على الراحلة»^(٢).

والاستقراء في القواعد الفقهية ينقل الحكم إلى الكلية بعد استنباطه من النص الشرعي. فيتبع الفقيه الجزئيات للتأكد من كلية الحكم. يقول الشاطبي: «إن تلقي العلم بالكلي إنما هو من عرض الجزئيات واستقراءها، فالكلي من حيث هو كلي غير معلوم لنا قبل العلم بالجزئيات، ولأنه ليس بموجود في الخارج، وإنما هو مضمن في الجزئيات حسبما تقرر في المعقولات. فإذا أوقفنا مع الكلي مع الإعراض عن الجزئي وقوف مع شيء لم يقرر العلم به بعد، دون العلم بالجزئي، والجزئي هو مظهر العلم به»^(٣).

وقد اتبع الفقهاء الاستقراء الناقص في استخراج القواعد الفقهية. ومن الأمثلة على ذلك قاعدة: «الضرر يزال» فقد استندت هذه القاعدة إلى مجموعة من النصوص الشرعية التي تشتمل على أحكام جزئية، ومن هذه النصوص قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤) وقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارُّوْا وَلَا تُضَارُّوْا وَلَا مَوْلَاكُمْ وَلَا مَوْلَاكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله تعالى:

- (١) انظر: معيار العلم للغزالي، ١٦٣، ونهاية السؤل للإسنوي ١١٤/٣، نظرية التقيد للروكي ٧٥.
- (٢) نظرية التقيد الفقهي للروكي ص ٧٥.
- (٣) الموافقات للشاطبي ٩-٨-٣.
- (٤) سنن ابن ماجه ٧٨٤/٢. وقال الألباني في إرواء الغليل (٤١٣/٣) يرتقي إلى درجة الصحيح بكثرة طرقه.

(١) المصنف لعبد الرزاق ٤٨٦/٦.

(٢) نظرية التقيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي ص ٧١.

(٣) أصول الفقه لمحمد سلام مذكور ص ٣٢٧.

(٤) نظرية التقيد للروكي ص ٧٣.

(٥) المستصفى للغزالي ٥١/١.

﴿وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِيُحْيُوا عَلَيْنَ﴾ [الطلاق: ٦] وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَضَارُّكَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فمن هذه النصوص وغيرها أخذت قاعدة: «الضرر يزال» وهي جزئيات في موضوعات مختلفة، ولكن يجمعها المعنى العام للضرر الذي هو الأساس في تكوين القاعدة^(١).

المطلب الثاني: نشأة علم القواعد الفقهية وتطوره.

عرف القاداني علم القواعد الفقهية بأنه: «قانون تعرف به أحكام الحوادث التي لا نص عليها من كتاب أو سنة أو إجماع»^(٢) وبالرغم مما يؤخذ على هذا التعريف إلا أنه يدل على استقلالية علم القواعد الفقهية، واعتباره فناً قائماً بذاته، ذا كيان مستقل، له تاريخ حافل بالعلماء المتخصصين فيه، وبالمؤلفات الخاصة به. فما المراحل التي مر بها هذا العلم؟ لقد مر هذا العلم بعدد من المراحل التاريخية وهي:

المرحلة الأولى: مرحلة الشوء.

المرحلة الثانية: مرحلة التدوين والتطور.

المرحلة الثالثة: مرحلة الاستقرار.

المرحلة الرابعة: مرحلة النهضة العلمية

وفيما يلي بيان لتلك المراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة الشوء. (من البعثة النبوية إلى القرن الرابع الهجري).

ترجع نشأة القواعد الفقهية إلى عصر النبي ﷺ، ففي القرآن الكريم والسنة النبوية وجدت بذور هذا العلم، ونمت وترعرعت في عصر الصحابة والتابعين وأتباعهم. وقد ضمن كثير من الفقهاء كتبهم الكثير من القواعد الفقهية ومن ذلك:

(١) القواعد الفقهية ليا حسين ص ٢١٤.

(٢) الفتاوى الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفتاوى البهية في نظم القواعد الفقهية لمحمد بن ياسين القاداني ١/٦٩.

١- الإمام مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ) في كتابه «المدونة» ذكر عدة قواعد وضوابط فقهية منها: «لا يرث أحد أحدًا بالشك»^(١).

٢- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت ١٨٢هـ) في كتابه: «الخراج» ذكر فيه بعض القواعد والضوابط الفقهية منها: «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»^(٢).

٣- الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ) في كتبه عدة قواعد وضوابط فقهية منها: «كل أرض غلب عليها المسلمون فهي أرضي خراج»^(٣).

٤- الإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ) في كتابه: «الأم» قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت، ولا عمل عامل، وإنما ينسب إلى كل قوله وعمله»^(٤).

المرحلة الثانية: مرحلة تدوين القواعد الفقهية وتطورها.

تبدأ هذه المرحلة من القرن الرابع الهجري إلى التاسع. ففيها بدأ تدوين القواعد الفقهية في كتب خاصة على يد الفقيه الحنفي أبي الحسن الكرخي (ت ٣٤٠هـ) حيث ألف رسالة صغيرة في القواعد الفقهية تعرف: «بأصول الكرخي» بدأها بقاعدة: «ما ثبت باليقين لا يزول الشك»^(٥) ولم تكن كلها أصولاً فقهية؛ بل فيها بعض القواعد الأصولية. وقام محمد بن أحمد النسفي (ت ٥٣٧هـ) بشرح موجز لها، بين المراد من القاعدة والتطبيقات الفقهية لها.

وقد روي عن أبي طاهر محمد بن محمد الدباس (ت ٣٤٠هـ) وهو معاصر للكرخي أنه كان يردد القواعد الفقهية من حفظه، مما يدل على اهتمامه بها وحرصه عليها، فقد ردّ

(١) القواعد الفقهية ليا حسين ص ٣٠٢.

(٢) الخراج لأبي يوسف ص ٦٥.

(٣) السير للشيباني «القانون الدولي الإسلامي» تحقيق محمد خلدوي ص ٢٥٧.

(٤) الأم للشافعي ١/١٥٢.

(٥) أصول الكرخي المطبوعة في آخر كتاب تأسيس النظر للديبوسي ص ١١٠.

فقه الإمام أبي حنيفة إلى سبع عشرة قاعدة، وكان ضريباً، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه^(١).

وممن اهتم بهذا العلم من المالكية محمد بن حارث الخشني (ت ٣٦١هـ) حيث ألف كتاب: «أصول الفتيا» جمع فيه بعض الأصول في المذهب المالكي ونظائر في الفروع الفقهية، وبعض القواعد الفقهية ورتبه على أبواب الفقه، ويفتتح أغلب أبوابه بأصل فقهي أو قاعدة كلية مثل: «الحدود تدرأ بالشبهات»^(٢).

ثم جاء بعد الكرخي والخشني أبو الليث السمرقندي (ت ٣٧٣هـ) فألف كتاب: «تأسيس النظائر» حققه محمد محمد رمضان. ثم جاء بعده أبو زيد عبيد الله الدبوسي (ت ٤٣٠هـ) فألف كتاب: «تأسيس النظر» وهو يشتمل على قواعد أصولية بالإضافة إلى القواعد الفقهية. وهو مطبوع في نهاية أصول الكرخي.

ومنذ ذلك الوقت إلى نهاية القرن التاسع استمر التدوين للقواعد الفقهية فظهرت عدة مؤلفات في القواعد الفقهية أذكر بعضها حسب تاريخ وفاة مؤلفيها، ثم أبين منهاج ترتيبها وتنظيمها بعد ذلك.

١- أبو حامد الجاجرمي (٦١٣هـ) ألف كتاب «القواعد في فروع الشافعية» وهو غير موجود

٢- الشيخ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) ألف كتابه المشهور: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» وهو يشتمل على قواعد وضوابط فقهية ومقاصدية كثيرة. هذا بالإضافة إلى كتاب آخر مكمل ومتمم للآول، وليس اختصاراً له، يعرف «بالقواعد الصغرى» أو «مختصر الفوائد في أحكام المقاصد» وهما مطبوعان.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥. وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨، غمر عيون البصائر للحموي ٣٦/١.

(٢) مقدمة تحقيق القواعد للمقرى لاحمد بن عبد الله بن حميد ١٢٨/١.

٣- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) له كتاب: «الأصول والضوابط» ذكر فيها أهم ما يحتاج إليه طالب العلم الشرعي من القواعد الفقهية والأصول المهمة والمسائل المتشابهة.

٤- أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ) ألف كتاب: «أنوار البروق في أنواء الفروق» حيث قدّم فيه القواعد لكثير من المسائل الفقهية. وتعبه ابن الشاط (٦٤٣هـ) في كتاب: «إدراج الشروق على أنواء الفروق» ثم هذب محمد علي المالكي (ت ١٣٦٧هـ) في كتاب سماه: «تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية».

٥- أبو عبد الله محمد بن عمر المعروف بابن الوكيل (ت ٧١٦هـ) له كتاب: «الأشباه والنظائر» استنتج فيه بعض القواعد الفقهية.

٦- نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي (٧١٦هـ) له كتابان: «القواعد الكبرى»، «القواعد الصغرى» في قواعد الفقه الحنبلي.

٧- شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية (٧٢٨هـ) ألف كتاب «القواعد النورانية في القواعد الفقهية» لكن هذا الكتاب ليس على نمط كتب القواعد الفقهية، وهو بالكتب الفقهية أشبه. وجاءت موضوعاته مرتبة على أبواب الفقه، وقد احتوى على بعض القواعد والضوابط الفقهية^(١).

٨- محمد بن رشد البكري القفصي المالكي (ت ٧٣٦هـ) له كتاب: «المذهب في ضبط قواعد المذهب» وهو غير مطبوع.

٩- أبو عبد الله محمد بن محمد المقرئ المالكي (ت ٧٥٨هـ) له كتاب القواعد جمع فيه (١٢٠٠) قاعدة وضابط في الفقه المالكي. وقد قام باستنتاج بعض القواعد من الفروع الفقهية المتشابهة.

(١) القواعد الفقهية لبأ حسين ص ٣٢٧

- ١٠- أبو سعيد صلاح الدين بن كيكليدي الشافعي العلائي (ت ٧٦١هـ) ألف كتاب: «المجموع المذهب في قواعد المذهب» استمد مادته من كتاب ابن الوكيل، لكنه اختلف في ترتيبه وتبويبه، إذ رتب القواعد حسب عمومها وخصوصها.
- ١١- أبو العباس شرف الدين أحمد بن الحسين الحنبلي الشهير بابن قاضي الجبل (ت ٧٧١هـ) له كتاب: «القواعد الفقهية».
- ١٢- تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي (ت ٧٧١هـ) له كتاب: «الأشباه والنظائر».
- ١٣- محمد بن سليمان الصُّرْخُدي الشافعي (ت ٧٩٢هـ) له كتاب: «مختصر المجموع المذهب» جمع فيه بين قواعد العلائي في المجموع المذهب والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإسنوي مع التنقيح وزيادة فيهما. ويحتوي على القواعد الأصولية والفقهية والتخريج.
- ١٤- محمد بن بهادر الزركشي الشافعي (ت ٧٩٤هـ) له كتاب: «المنتور في القواعد» وقد رتب القواعد فيه على حروف المعجم. وهو أول كتاب في القواعد يتبع هذا المنهج.
- ١٥- أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) له كتاب «تقرير القواعد» وتحرير الفوائد» والملاحظ على هذا الكتاب أن أكثر قواعده ضوابط فقهية، وكانت صياغتها طويلة.
- ١٦- شرف الدين عيسى بن عثمان الغزي الشافعي (ت ٧٩٩هـ) له كتاب: «القواعد من الفروع».
- ١٧- عمر بن علي الشافعي المعروف بابن الملقن (ت ٨٠٤هـ) له كتاب «الأشباه والنظائر» مرتب على أبواب الفقه.
- ١٨- سراج الدين أبو حفص عمر بن رسلان البلقيني الشافعي (ت ٨٠٥هـ) له كتاب: «فوائد الحسام على قواعد ابن عبد السلام».

- ١٩- محمد بن محمد الخضري الزبيري الشافعي (ت ٨٠٨هـ) له كتاب: «أسنى المقاصد في تحرير القواعد».
- ٢٠- شهاب الدين أحمد بن محمد المقدسي الشافعي المعروف بابن الهائم (ت ٨١٥هـ) له كتاب: «تحرير القواعد العلائية وتمهيد المسالك الفقهية».
- ٢١- تقي الدين أبو بكر بن محمد الحصني (ت ٨٢٩هـ) له كتاب «القواعد» وقد ضمنه عدداً كبيراً من القواعد الأصولية. والكتاب مطبوع.
- ٢٢- أبو الثناء نور الدين محمود بن أحمد المعروف بابن خطيب الدهشة (ت ٨٣٤هـ)، له مختصر في القواعد وهو تلخيص لقواعد العلائي والتمهيد للإسنوي.
- ٢٣- محب الدين أحمد بن نصر الله الحنبلي (ت ٨٤٤هـ) له كتابان: «حواشي القواعد الفقهية» و«مختصر قواعد ابن رجب».
- ٢٤- شرف الدين عبد الرحمن بن علي بن إسحق الخليلي المقدسي (ت ٨٧٦هـ) له كتاب: «نظم الذخائر في الأشباه والنظائر».
- ٢٥- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي المعروف بعظوم (توفي بعد ٨٨٩هـ).
- مما سبق يتبين أن القواعد الفقهية قبل منتصف القرن الثامن الهجري لم يكن لها منهج معين في الترتيب والتنظيم، وفيما بعد تحددت مناهج الترتيب والتنظيم في ثلاثة مناهج وهي^(١):
- الأول: ترتيب القواعد الفقهية على ترتيب كتب الفقه: كما هو الشأن في كتاب القواعد للمقري والقواعد لابن رجب.
- والثاني: ترتيب القواعد الفقهية حسب عمومها وخصوصها وموضوعها أيضاً: كالمجموع المذهب للعلائي، والأشباه والنظائر لابن السبكي.
- (١) القواعد الفقهية لباحسين ص ٣٣٦.

والثالث: ترتيب القواعد الفقهية وفق الترتيب الهجائي لحروف المعجم: كالمتنور في القواعد للزركشي.

المرحلة الثالثة: مرحلة استقرار القواعد الفقهية.

تبدأ هذه المرحلة منذ بداية القرن العاشر الهجري إلى ما قبل تأليف مجلة الأحكام العدلية (١٢٩٣هـ) ففي هذه المرحلة استقرت القواعد الفقهية وتميزت بمباحثها، وحددت القواعد والضوابط الفقهية. وتميزت عن غيرها. ومن أشهر المؤلفين للقواعد الفقهية في هذه المرحلة:

١- جلال الدين السيوطي الشافعي (٩١١هـ) ألف كتاب «الأشباه والنظائر» وهو يعتبر من أهم كتب القواعد عند الشافعية، كان له تأثير واضح في عدد من المؤلفات التي كتبت بعده، وقد جعل السيوطي كتابه في سبعة أبواب وهي:

أ- شرح القواعد الخمس الكبرى التي ترجع إليها جميع المسائل الفقهية.

ب- شرح (٤٠) قاعدة من القواعد الكلية التي يندرج تحتها جزئيات كثيرة.

ج- القواعد المختلف فيها وهي (٢٠) قاعدة.

د- أحكام لا يليق بالفقيه جهلها كأحكام الناسي والجاهل والمكره.

هـ- نظائر الأبواب: وهي التي من باب واحد، وربتها على أبواب الفقه.

و- ما اختلفت فيه الأبواب المختلفة.

ز- في نظائر شتى.

وقد حظي هذا الكتاب بالنظم، والاختصار، والشرح:

فقد نظم قواعد أبو بكر بن أبي القاسم الأهدل (١٠٥٣هـ) وسماه: «الفرائد البهية في القواعد الفقهية» وقام بشرح هذا النظم والتعليق عليه عدد من العلماء منهم عبد الله ابن سليمان الجرهمي اليمني الشافعي (١٢٠١هـ) في كتاب: «المواهب السنية».

ويوسف بن محمد البطاح الأهدل (١٢٤٦هـ) في كتاب: «المواهب العلية شرح الفرائد البهية»، وعبد الله بن سعيد محمد عبادي اللحجي (١٤١٠هـ) في كتاب: «إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية»، وضياء الدين عبد الهادي بن إبراهيم الأهدل من كتاب: «الأقمار المضية شرح القواعد الفقهية»، ومحمد بن ياسين بن عيسى الغاداني (١٤١٠هـ) حيث قام بوضع حاشية: «الفوائد الجنية على المواهب السنية للجرهمي».

وقد اختصر «الأشباه والنظائر» عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي المالكي (١٠٩٦هـ) في كتاب: «الباهر في اختصار الأشباه والنظائر» ومحمد نور الدين مريونجر المكي في كتاب: «الدرر البهية في إيضاح القواعد الفقهية».

وقام بشرح الأشباه والنظائر أو التحشية عليه أو شرح ما يتعلق بالقواعد الفقهية منه كل من محمد بن محمد بن باقر الحسيني الشيعي الإمامي (١١٣٣هـ) له حاشية على الأشباه والنظائر. وعبد الله بن علي الدمليجي الشافعي (١٢٣٤هـ) له شرح القواعد الخمس. وإبراهيم بن السيد صيغة الله الحيدري الشافعي (١٢٩٩هـ) له حاشية على الأشباه والنظائر، والسيد علوي بن أحمد السقاف (١٣٣٥هـ) له «الفوائد المكية فيما يحتاجه طلبة الشافعية من المسائل والقواعد الكلية».

٢- وللسيوطي كتاب آخر في القواعد سماه: «شوارد الفوائد في الضوابط والقواعد».

٣- جمال الدين يوسف بن حسن بن عبد الهادي (٩٠٩هـ) له كتاب: «القواعد الكلية والضوابط الفقهية» وله في آخر كتاب مغني ذوي الأفهام مجموعة من الضوابط الفقهية.

٤- أبو الحسن علي بن قاسم الرقاق التجيبي المالكي (٩١٢هـ) له كتاب: «منظومة المنهج المنتخب» الذي حظي بأعمال علمية كثيرة^(١).

(١) للإطلاع على هذه الأعمال العلمية انظر: كتاب القواعد الفقهية ليعتوب باحسن ص (٣٧٢-٣٧٤).

٥- أبو العباس أحمد بن يحيى النشريسي المالكي (ت ٩١٤هـ) له كتاب: «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك». وهو مطبوع.

٦- أبو عبد الله محمد بن أحمد المعروف بابن غازي المالكي (ت ٩١٩هـ) له كتاب: «الكتليات الفقهية».

٧- أبو العباس أحمد بن علي الزقاق (ت ٩٣١هـ) شرح منظومة والده السابق ذكرها في كتاب: «شرح المنهج المنتخب».

٨- عبد الواحد بن أحمد النشريسي (ت ٩٥٥هـ) له كتاب: «النور المقتبس في قواعد مالك بن أنس» وهو نظم لكتاب والده: «إيضاح المسالك».

٩- زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي (ت ٩٧٠هـ) له كتاب: «الأشباه والنظائر»، وهو يعتبر من أهم كتب القواعد عند الحنفية، وقد جعله ابن نجيم في سبعة فنون:

أ- في القواعد الكلية، وهي نوعان: الأول: القواعد الكبرى الست بتفنيته قاعدة: «الأمور بمقاصدها» إلى قاعدتين: «الأمور بمقاصدها» و «لا ثواب إلا بنية».

والنوع الثاني: شرح (١٩) قاعدة من القواعد الكلية التي تندرج تحتها جزئيات.

ب- في الفوائد وربتها حسب الأبواب.

ج- في الجمع والفرق.

د- في الألفاظ.

هـ- في الحيل.

و- في الفروق.

ز- في الحكايات والمراسلات.

ولابن نجيم كتاب آخر في القواعد الفقهية اسمه: «الفوائد الزينية في مذهب الحنفية» وقد حظي كتاب الأشباه والنظائر بأكثر من أربعين عملاً علمياً ما بين تبويب وترتيب وشرح واختصار وتعقيب ونظم وحل مهمات^(١).

ومن أهم هذه الأعمال: نزهة النواظر على الأشباه والنظائر لخير الدين أحمد بن علي الرملي العلمي (ت ١٠٨١هـ) طبعت مع حاشية الحموي سنة (١٢٩٠هـ)، وغمر عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي (ت ١٠٩٨هـ) وهو مطبوع. ونزهة النواظر على الأشباه والنظائر لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين (ت ١٢٥٢هـ) وهو مطبوع بتحقيق محمد مطيع الحافظ.

١٠- أحمد بن علي المنجور المالكي (ت ٩٩٥هـ) له كتاب: «شرح المنهج المنتخب».

١١- أبو سعيد محمد بن مصطفى بن عثمان الحسيني الخادمي (ت ١١٧٦هـ) له كتاب: «مجامع الحقائق وشرحه منافع الدقائق» وهو في أصول الفقه، ولكن ذيله بمائة وأربع وخمسين قاعدة فقهية. وقد شرح هذا الكتاب مصطفى بن محمد الكوزل حصاري البولاني سنة ١٢٤٦هـ، واكتفى سليمان الفرق آغاچي بشرح القواعد الموجودة^(٢) في الدليل، وطبع مع شرح الكتاب سنة ١٢٩٩هـ.

المرحلة الرابعة: مرحلة النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية:

المرحلة الأخيرة تبدأ من نهاية القرن الثالث عشر الهجري وتمتد إلى أيامنا هذه، وإنما حددنا نهاية القرن الثالث عشر لوجود معلم هام من معالم هذه المرحلة، وهو ظهور مجلة الأحكام العدلية التي عرضت القواعد الفقهية على هيئة مواد.

(١) للإطلاع على هذه الأعمال العلمية، انظر: كتاب القواعد الفقهية لعقوب باحسين ص (٣٦٠-٣٧٠).

(٢) انظر: الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ١٠٤.

ومن معالم النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية في هذه المرحلة: تقنين القواعد الفقهية، وتحقيق طائفة من كتب القواعد، واستخلاص القواعد من كتب الفقه، ورصد القواعد وإحصاؤها، وتخصيص قواعد معينة بالدراسة والشرح والتبويب وجمع القواعد ذات الموضوع الواحد، والاهتمام بالمداخل لعلم القواعد وغير ذلك. وفيما يلي بيان لهذه المعالم^(١):

أولاً: تقنين القواعد الفقهية:

المراد بتقنين القواعد الفقهية: صياغة القواعد الفقهية والضوابط في صورة مبادئ عامة مرتبة في صورة مواد ومبوبة بحسب الموضوعات. تسهل على القاضي الكشف عن الحكم الشرعي، وتكثيف القضية المعروضة عليه. ومن المؤلفات التي اهتمت بهذا النوع من القواعد:

١- مجلة الأحكام العدلية التي وضعتها لجنة من العلماء في الدولة التركية، وصدر أمر العمل بها في (١٢٩٣/٩/٢٦هـ). وقد خصصت اللجنة المقالة الثانية للقواعد الفقهية، ومجموعها (٩٩) قاعدة بدأتها بقاعدة: «الأمور بمقاصدها» وهي مختارة من كتاب الأشياء والنظائر لابن نجيم، وبعض كتب الحنفية كذيل مجامع الحقائق للهادمي.

وقد حظيت تلك القواعد بالاهتمام والشرح من قبل كثير من العلماء نذكر منهم:

أ- عبد الستار القريشي (ت ١٣٠٤هـ) له: «شرح قواعد المجلة»

ب- سليم رستم باز (ت ١٣٢٨هـ) له: «شرح المجلة» حيث شرح القواعد بإيجاز ووضوح، واهتم بذكر تطبيقات على القواعد من المجلة نفسها.

ج- علي حيدر العالم التركي له في شرح المجلة: «دور الأحكام شرح مجلة الأحكام» يبين مفردات القاعدة، ومعناها الإجمالي، ومصدرها ويربطها بغيرها من القواعد.

(١) يرجع الفضل في التنبه إلى هذه المعالم إلى الدكتور يعقوب باحسين في كتابه القواعد الفقهية.

د- محمد سعيد عبد الغني الراوي (١٣٥٤هـ) له: «شرح المجلة».

هـ- الشيخ خالد الأناسي (١٣٢٦هـ) له: «شرح المجلة» ولكنه لم يشرح القواعد وبدأ بشرح المجلة من كتاب البيوع. فلما توفي جاء ابنه محمد طاهر الأناسي (١٣٥٩هـ) وشرح القواعد، وطبع في حمص سنة ١٩٣١م. ويعدُّ هذا الشرح من الشروح المهمة؛ لأنه اتبع أسلوباً في شرح القاعدة يتلخص في: بيان مفرداتها، ومعناها وربطها بغيرها من القواعد، سواء كانت قيداً فيها أو شرطاً لها.

و- محمد سعيد المحاسني (ت ١٣٧٤هـ) له «شرح مجلة الأحكام العدلية» طبع في ثلاثة مجلدات سنة ١٩٢٧م. وهو من أجود الشروح الحديثة، أسلوبه سهل ممتع.

ز- منير القاضي (١٣٨٩هـ) له: «شرح المجلة» وهو مطبوع.

ح- الشيخ أحمد محمد الزقاء له: «شرح القواعد الفقهية» وهو مطبوع.

ط- الشيخ مصطفى بن أحمد الزرقاء (١٤٢٠هـ) شرح القواعد في كتابه المدخل الفقهي العام. وأضاف إليها إحدى وثلاثين قاعدة أخرى، وقد رتبها على حروف المعجم بحسب أوائل كلماتها. وهو شرح موجز مفيد.

ي- عزت عبيد الدعاس له كتاب: «القواعد الفقهية مع الشرح الموجز» وهو شرح موجز مبسط. وهو مطبوع.

ك- أبو الوفا محمد درويش المحامي، له رسالة صغيرة سماها: «المبادئ الفقهية» وهي رسالة موجزة في شرح قواعد المجلة.

٢- «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني» للشيخ أحمد بن عبد الله القاري (ت ١٣٥٩هـ) وقد خصص المقدمة للقواعد الفقهية التي بلغت (١٦٠) قاعدة، وهي ملخصة من قواعد ابن رجب.

ثانياً: تحقيق طائفة من كتب التراث في القواعد الفقهية.

اهتم كثير من طلبة العلم الشرعي بنشر كتب القواعد الفقهية وتحقيقها، وقد أدى هذا إلى تيسير وجودها بين أيدي الباحثين ومن الكتب التي حققت:

- ١- المنشور في القواعد للزركشي، نُشر سنة (١٤٠٢هـ/١٩٨٢م) تحقيق تيسير فائق.
- ٢- مختصر من قواعد العلائي والإسنوي لابن خطيب الدهشة، نشر سنة (١٩٨٤هـ)، تحقيق مصطفى محمود البنجوني.
- ٣- القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام، نُشر سنة (١٩٨٨م)، تحقيق جلال الدين عبد الرحمن.
- ٤- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي، نُشر بتحقيق أحمد بو طاهر الخطابي سنة (١٤٠٠هـ/١٩٨٠م)، وتحقيق الصادق بن عبد الرحمن الغريابي سنة (١٩٩١م).
- ٥- القواعد للمقري تحقيق أحمد بن حميد، حيث حقق (٤٠٤) قاعدة من مجموع (١٢٠٠) قاعدة.
- ٦- شرح المنهج المنتخب للمنجور، تحقيق محمد الشنيطي.
- ٧- الأشباه والنظائر لابن السبكي، نُشر سنة (١٩٩١م) بتحقيق الشيخين عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد معوض.
- ٨- الأشباه والنظائر لابن الوكيل، نشر سنة (١٩٩٣م) تحقيق الشيخين أحمد محمد المنقري، وعادل الشويخ.
- ٩- المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي، نشر سنة (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، تحقيق محمد عبد الغفار الشريف.

١٠- القواعد لأبي بكر الحصني، نشر سنة (١٤١٨هـ/١٩٩٨م) تحقيق الشيخين عبد الرحمن الشعلان وجبريل البصيلي.

١١- تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب، نشر سنة (١٤١٩هـ/١٩٩٩م) تحقيق مشهور حسن السلطان.

١٢- الفوائد الزينية في مذهب الحنفية لابن نجيم نشر بتحقيق مشهور حسن سنة (١٤١٤هـ/١٩٩٤م)، ثم بتحقيق محمد غرايبة سنة ١٩٩٩م.

ثالثاً: استخلاص القواعد والضوابط الفقهية من أمهات كتب الفقه.

إن أمهات كتب الفقه كالأم للشافعي، والمبسوط للسرخسي والاستذكار لابن عبد البر، وكشاف القناع للبهوتي انطوت على قواعد كلية وضوابط فقهية كثيرة، ترفد علم القواعد الفقهية بكثير من القواعد، وتعين الباحثين في تصنيف القواعد حسب الموضوعات الفقهية. ومن الكتب التي ألفت في ذلك:

١- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمفتي الشام محمود حمزة الحسيني (ت١٣٠٥هـ)، حيث بذل جهداً في تقصي القواعد والضوابط الفقهية في كثير من كتب الحنفية، ورتبها حسب الأبواب الفقهية.

٢- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقسيم البديعة النافعة للشيخ عبد الرحمن ابن ناصر السعدي (ت١٣٧٦هـ) حيث بذل جهداً في ذكر القواعد والضوابط الفقهية من بعض كتب الحنابلة، ومن بينها كتاب القواعد لابن رجب الحنبلي.

٣- طريق الوصول إلى العلم المأمول بمعرفة القواعد والضوابط والأصول للشيخ عبد الرحمن السعدي (ت١٣٧٦هـ)، حيث جمع فيه أكثر من (١٠٠٠) قاعدة وضابط وأصل من كتب شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، ولم تقتصر تلك القواعد على القواعد الفقهية، وإنما تعدى ذلك إلى قواعد العقائد والأخلاق والرافق.

٤- فواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب المالكي لمحمد الروكي، حيث استخرج القواعد الفقهية وصفها ثلاثة أنواع، الأول: قواعد فقهية عامة تتناول معظم فروع الشريعة. والثاني: قواعد كلية تتناول فروعاً كثيرة، لكنها أقل من النوع الأول. والثالث: قواعد تتناول فروعاً خاصة بالأبواب الفقهية، وهي الضوابط الفقهية.

٥- الفواعد الفقهية في بابي العبادات والمعاملات من خلال كتاب المغني لابن قدامة لعبد الله العيسى. وهو رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود سنة (١٤٠٩هـ).

٦- الفواعد والضوابط المستخلصة من كتاب التحرير شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن؛ للإمام جمال الدين الحصري (٦٣٦هـ)؛ عمل الدكتور علي أحمد الندوي، حيث استقصى القواعد والضوابط الفقهية في الكتاب المذكور، ورتبها على ثلاثة أقسام: أ- الفواعد والضوابط المختارة من فوائح أبواب الكتاب.

ب- الفواعد الواردة في أثناء الشرح عند التعليل.

ج- بقية القواعد المستخرجة من تصانيف «التحرير» وعرضها مرتبة على حسب حروف المعجم.

٧- الفواعد والضوابط الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية في كتابي الطهارة والصلاة؛ لناصر عبد الله الميمان، حيث قسم القواعد إلى قسمين: الأول: القواعد العامة التي لا تتعلق بباب أو كتاب معين. والثاني: القواعد المتعلقة بكتابي الطهارة والصلاة.

٨- قام الدكتور صلاح الدين الناهي باستخلاص مجموعة من القواعد والضوابط الفقهية في مقدمة تحقيق «روضة القضاء وطريق النجاة» لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي (ت ٩٩٩هـ).

٩- ويقوم «مجمع الفقه الإسلامي» برعاية مشروع يتعلق بهذا المجال أطلق عليه «معلمة القواعد الفقهية»^(١) صدرت الموافقة على هذا المشروع في الدورة الثالثة المتعددة بعمان في الفترة (٨-١٣) صفر ١٤٠٧هـ الموافق (١١-١٦) تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٨٦م.

رابعاً: رصد القواعد الفقهية وإحصاؤها وترتيبها.

بيننا سابقاً أن كتب الفقه مليئة بالقواعد الفقهية، ولا تقتصر تلك القواعد على الكتب الخاصة بها، فلا بدّ من جمع القواعد من مظانها. وهذا العمل يحتاج من الباحث إلى تتبع للقواعد ودقة ملاحظة واستفادة من العمل السابق. وبالرغم من أن هذا العمل يحتاج إلى جهود جماعية إلا أنه قامت جهود فردية به ومن ذلك:

١- قام الشيخ محمد عسيم الإحسان المجدي البركتي البنغلادشي بوضع كتاب: «قواعد الفقه» وهو يشتمل على: أصول الكرخي، وتأسيس النظر للدبوسي، وآداب المفتي، والتعريفات الفقهية، والقواعد الفقهية. فقد جمع في القواعد (٤٢٦) قاعدة، رتبها حسب حروف المعجم. وهو مطبوع.

٢- وقام الدكتور محمد صديقي البورنو بجمع القواعد الفقهية في موسوعة القواعد الفقهية، حيث جمعها من كتب القواعد الفقهية وكتب الفقه العام. ورتبها حسب حروف المعجم، يبدأ بالقاعدة ثم يشرحها ويوضحها بالأمثلة الفقهية، ويبين مصادرها. ولا يزال هذا العمل في بداياته إذ أصدر الباحث منه أربعة أجزاء تتعلق بحروف الهمزة والباء والتاء والثاء، وكان مجموع القواعد (١٠٢٩) قاعدة موزعة على النحو التالي: (٦٦٦) قاعدة في حرف الهمزة، و(١٠١) قاعدة في حرف الباء، و(٢٣٥) قاعدة في حرف التاء، و(٢٧) قاعدة في حرف الناء.

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي ص ٥٠

خامساً: تخصيص قواعد معينة بالبحث والدراسة

لم يكن هذا العمل من مبتكرات العلماء المعاصرين، وإنما قام به العلماء السابقون، فقد ألفرد أبو العباس القرافي (ت ٦٨٤هـ) النية في كتاب مستقل سماه: «الأنية في إدراك النية» وأفرد ابن عابدين (١٢٥٢هـ) العرف ببحث سماه: «نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف» ولكن العلماء المعاصرين اهتموا بهذا العمل أكثر، وتوسعوا في تبويه وتفصيله وتطبيقاته. ومن الموضوعات التي لاقت اهتمام المعاصرين.

١- النية والقواعد المتعلقة بها.

ظهرت في هذا العصر عدة دراسات تتعلق بالنية وقواعدها منها:

أ- نهاية الإحكام في بيان ما للنية من أحكام. لأحمد بن أحمد الحسيني (ت ١٣٣٢هـ). اعتمد في أكثر مادته العلمية على الأشباه والنظائر للسيوطي.

ب- أثر الفسود في التصرفات والعقود لعبد الكريم زيدان، وهو بحث منشور ضمن مجموعة بحوث فقهية (٢٤٩-٢٧٠).

ج- مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين «النيات في العبادات» لعمر الأشقر، وهو رسالة دكتوراه، قدمت للأزهر سنة ١٩٨٠م.

د- النية وأثرها في الأحكام الشرعية لصالح السدلان، رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء بالرياض.

هـ- النية في الشريعة الإسلامية لمحمد عبد الرؤوف بهنسي.

و- قاعدة: «الأمور بمقاصدها» دراسة نظرية وتأسيسية ليعقوب باحسين. وقد اهتم فيه بالجوانب التقعيدية والتأسيسية أكثر من تفاصيل الأحكام الفرعية، فبين القاعدة وأركانها، وشروطها، وموضوعها، وأقسامها، وكيفية الترخيع عليها.

ز- نظرية الباعث وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي لعبد الله إبراهيم الكيلاني، وهي رسالة ماجستير مقدمة للجامعة الأردنية.

٢- التيسير في الفقه الإسلامي وأسبابه.

توجد عدة دراسات معاصرة تتعلق بالتيسير وأسبابه، أو قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» نذكر منها:

أ- المشقة تجلب التيسير لصالح بن سليمان اليوسف، وقد جعله على قسمين الأول: في بيان معنى القاعدة ودليلها وأقسامها، والثاني: في أثر القاعدة في الفروع الفقهية.

ب- المشقة تجلب التيسير لجمعة محمد مكي، وهو رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون بالأزهر.

ج- التيسير في التشريع الإسلامي لمنصور محمد الحفناوي، جعله في بيان معنى التيسير وأسبابه، وأثره في الأحكام الفقهية.

د- التحرير في قاعدة المشقة تجلب التيسير لعامر سعيد الزبياري، تكلم فيه عن الخصائص العامة للشريعة الإسلامية، وعرف القواعد الفقهية وبين تاريخ نشأتها وتطورها وأهميتها، ثم شرح القاعدة وبين أدلتها وأنواعها وضوابطها، وأسباب التيسير وما يتفرع عنها من قواعد.

هـ- الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية لعمر عبد الله كامل، بين فيه تعريف كل من العزيمة والرخصة، والألفاظ ذات الصلة، ثم بين أدلة الرخصة وأحكامها، والأسباب الداعية لها، ثم تتبع الرخص والتلقيق، ثم جعل الفصل الرابع في القواعد الفقهية الكلية في الرخص وذكر منها قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» فبين معناها الإجمالي، وأدلتها وأنواع المشقة وضوابطها. وموضع اليسر في الأحكام الشرعية والقواعد التي تندرج تحتها، وتطبيقاتها.

و- قاعدة المشقة تجلب التيسير وتطبيقاتها في الأحوال الشخصية لإيمان العقرباوي. وهي رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية.

ز- الرخص الشرعية لوهبة الزحيلي، دار الخير، ١٩٩٣م.

ح- أحكام الرخص في الشريعة الإسلامية لحسن خلف الجبوري، مكتبة المنارة، مكة المكرمة، ١٩٨٨م.

٣- الضرورة الشرعية وما يتعلق بها.

ظهرت عدة دراسات معاصرة تتعلق بالضرورة أو قاعدة: «الضرر يزال» أو «نظرية الضرورة» نذكر منها:

أ- حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، بحث منشور في مجلة الدراسات الإسلامية ببغداد سنة (١٩٧٠م) وهو منشور ضمن مجموعة بحوث فقهية (ص١٤١-٢١٤) بين فيه معنى الضرورة، وحكمها، وحالاتها، وتطبيقاتها الفقهية.

ب- نظرية الضرورة مقارنة مع القانون الوضعي للدكتور وهبة الزحيلي، وقد تكلم فيه عن معنى الضرورة، وحالاتها، وضوابطها، والقواعد المتعلقة بها في الشريعة الإسلامية. ثم بين معنى الضرورة في القانون ونظرية الظروف الطارئة.

ج- نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ليويسف قاسم. تكلم فيه عن معنى الضرورة وأدلتها، وأركانها وشروطها، وآثارها، وتطبيقاتها في الجنايات.

د- نظرية الضرورة الشرعية لحميل محمد مبارك.

هـ- النظرية العامة للضرورة لمحمد سعود المعيني.

و- فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة لعبد الوهاب أبو سليمان.

ز- الضرورة والحاجة وأثرهما في التشريع الإسلامي لعبد الوهاب أبو سليمان.

ح- الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: تطبيقاتها، أحكامها، آثارها لمحمود محمد عبد العزيز الزيني.

ط- نظرية الضرورة مقارنة بالقانون الوضعي لأحمد فراج حسين.

ي- النظرية العامة للإكراه والضرورة لذنون أحمد.

ك- أثر الإضطرار في فعل المحرمات الشرعية لجمال نادر الفراء. رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية.

ل- الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقاء.

م- الإضطرار إلى الأطعمة والأدوية لعبد الله محمد الطريقي.

ن- الضرر في الفقه الإسلامي: تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه لأحمد موافي. في مجلدين. دار ابن عفان، السعودية، نشر سنة ١٩٩٧م.

٤- العرف والعادة.

ظهرت عدة دراسات معاصرة تتعلق بالعرف أو قاعدة: «العادة محكمة» أو العرف وأثره في تغير الأحكام نذكر منها.

أ- العرف في الفقه الإسلامي للشيخ عمر عبد الله، بين فيه معنى العرف وشروط اعتباره وأثره في التشريع.

ب- نظرية العرف ضمن كتاب المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء، بين فيه معنى العرف وشروط اعتباره وأثره في التشريع، والعرف وتغير الزمان. ويبلغ عدد صفحاته (١٠٩) صفحة، الجزء الثاني (٨٣٢-٩٤٠).

ج- العرف والعادة في رأي الفقهاء لأحمد فهمي أبو سنة. رسالة أستاذية.

د- أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور صالح عوض، رسالة دكتوراه.

هـ- نظرية العرف لعبد العزيز الخياط.

و- العرف وأثره في الشريعة والقانون لأحمد على المباركي.

ز- العرف وأثره في التشريع الإسلامي لعبد الرحيم أبو عجيلة.

ح- من القواعد الفقهية الهامة «العادة محكمة» لخليل محمد نصار. رسالة ماجستير مقدمة للأزهر ١٩٧٩م.

ط- العرف والعمل في المذهب المالكي لعمر عبد الكريم الجبدي.

ي- الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية لعمر الأشقر.

ك- نظرية العرف ضمن كتاب النظريات الفقهية لمحمد وهبة الزحيلي.

ل- مجموعة أبحاث في العرف ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد الخامس- ١٩٨٩م.

٥- اليقين وما يتعلق به.

ممن أفرد قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» بالدراسة الدكتور يعقوب باحسين. حيث قام بتأصيل القاعدة وبيان أركانها وشروطها والضوابط التي تحدد معانيها وتساعد على معرفة ما يدخل فيها من جزئيات الأحكام، ورد ما يمكن أن يثار حولها من الشبهات.

٦- قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».

ممن أفرد هذه القاعدة بالدراسة الشيخ محمود مصطفى هرموش- رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، وطُبعت في بيروت من قبل المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

٧- القنم بالعزم وما يتعلق به.

توجد عدة دراسات معاصرة في قاعدة: «القنم بالغرم» أو قاعدة: «الخراج بالضمان» نذكر منها:

أ- بحث حول حديث: «القنم بالغرم» لحسن صالح العناني، أصدره المعهد الدولي للبنوك والاقتصاد الإسلامي.

ب- قاعدة: «الخراج بالضمان» لمحمد نوح القضاة. وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٨م، بين فيها أن هذه القاعدة لا تقتصر على عقد البيع، وإنما تشمل سائر العقود التي يتم فيها تبادل عين بين طرفين. وبين فيها حقيقة هذه القاعدة وتطبيقاتها في المعاملات المالية، ثم القواعد المتعلقة بها.

سادساً: جمع القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد.

من الدراسات المعاصرة في مجال القواعد الفقهية جمع القواعد ذات الموضوع الواحد في مصنف واحد: كجمع القواعد التفسيرية، وقواعد العقود وقواعد الأحكام الجنائية، وقواعد الإثبات، وقواعد الاقتصاد وغير ذلك. ولا يخلو هذا العمل من فوائد منها رسم صورة كلية للموضوع المطروح عن طريق القواعد الكلية، والتعرف على الجوانب التي لم تعالجها القواعد الفقهية وسد النقص فيها عن طريق إنشاء قواعد جديدة^(١). ومن الدراسات التي ظهرت في هذا المجال:

١- قواعد الضمان في الفقه الإسلامي التي أشار إليها الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه: «نظرية الضمان» حيث ذكر فيه حوالي عشرين قاعدة فقهية تتعلق بالضمان. ولكن هذا العمل محدود، ومنهج الدراسة فيه لم يكن القصد منه تكوين تصور كلي عن الموضوع^(٢).

٢- القواعد الفقهية الكلية وأثرها في النظام الاقتصادي في الإسلام لإبراهيم محمد الحريري، وهي رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القرآن الكريم بالخرطوم.

٣- القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام لإبراهيم محمد الحريري. نشر دار عمار، الأردن، ١٩٩٩م، حيث تكلم فيه عن القواعد الكلية والضوابط الفقهية المتعلقة بنظام القضاء في عشرة فصول.

٤- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي لعبد الرحمن الكيلاني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.

٥- المقاصد عند ابن تيمية ليوسف البدوي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٩م.

(١) القواعد الفقهية لإحسين ص ٤٣٢.

(٢) المرجع السابق.

سابعاً: الاهتمام بالمدخل لعلم القواعد «الدراسة النظرية».

ظهرت في هذا العصر عدة دراسات علمية تعني بالمدخل لعلم القواعد، حيث تبين حقيقة القواعد ومقوماتها، وتاريخ نشأة العلم وتطوره وأهميته، وأقسام القواعد وحجبتها ومن الدراسات في هذا المجال:

١- القواعد الفقهية للدكتور علي الندوي، وهو رسالة ماجستير، ويعد هذا الكتاب من أهم الكتب في هذا المجال؛ لأنه توسع في الجانب النظري، ويعد صاحبه من أوائل من خاضوا هذا المجال.

٢- القواعد الفقهية: المباديء، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور - دراسة نظرية، تحليلية، تأصيلية، تاريخية ليعقوب عبد الوهاب الباحثين. ويعد هذا الكتاب من أوسع الكتب في هذا المجال يعطي صورة كاملة عن هذا العلم، ويبنه طلبة العلم الشرعي إلى القضايا التي تحتاج إلى بحث وتوسع.

٣- المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء، حيث تكلم في الجزء الثاني عن معنى القواعد، وتاريخ نشوئها وتطورها، وأقسامها.

٤- فلسفة التشريع في الإسلام لصبحي محمضاني، تكلم فيه عن تاريخ القواعد الفقهية ومعناها وفائدتها.

٥- المدخل إلى القواعد الفقهية الكلية: تعريفها، نشأتها، تطورها، شرعيتها، تصنيفها. لإبراهيم محمد الحريري. وهو مقدمة رسالة الدكتوراه التي أشرنا إليها سابقاً.

٦- بحث: النظريات والقواعد في الفقه الإسلامي لعبد الوهاب أبو سليمان، نشر في مجلة جامعة الملك عبد العزيز ١٩٧٨م.

٧- بحث: القواعد الفقهية لمحمد مصطفى الزحيلي، نشر في مجلة البحث العلمي التابعة لجامعة أم القرى (١٤٠٢هـ).

٨- بحث: أهمية القواعد في الفقه الإسلامي لعبد الله العجلان، نشر في مجلة الدراسات الدبلوماسية (١٩٩٥م).

٩- بحث: القواعد الفقهية وتاريخ تعييدها لمحمد الشريف الرحمنوني نشر في مجلة جوهر الإسلام (١٩٧٨م).

١٠- القواعد الفقهية: تاريخها وأثرها في الفقه لمحمد الوائلي.

١١- القواعد الفقهية للفقه الإسلامي: نشأتها، رجالها، آثارها لأحمد محمد الحصري.

١٢- القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي لعبد الله العجلان.

١٣- القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة لمحي هلال السرحان.

١٤- نظرية التعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي وهو رسالة دكتوراه، بين فيه معنى القواعد الفقهية وعناصرها وطرق التعيد الفقهي، وأصول التعيد، وأثره في الاختلاف. وهو كتاب جيد في هذا المجال.

١٥- مقدمات كثير من الكتب في شرح القواعد اهتمت بهذا المجال ومن ذلك:

أ- إيضاح القواعد الفقهية لطلاب المدرسة الصولتية لعبد الله بن سعيد اللحجي. بين فيه معنى القواعد وثمرتها وأهميتها وأثرها في التشريع.

ب- الرجز في إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صديقي البورنو، تكلم فيه عن معنى القواعد الفقهية، والألفاظ ذات الصلة، وتاريخها، وأهميتها.

ج- القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها لصالح بن غانم السدلان.

١٦- مقدمات تحقيق كتب القواعد الفقهية التي ورد ذكرها في النقطة الثانية من معالم المرحلة الرابعة من مراحل تاريخ علم القواعد الفقهية.

المبحث الرابع

أنواع القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها.

القواعد الفقهية كثيرة العدد عظمية المدد كما قال القرافي، فهي كثيرة في عددها لكن يمكن تقسيمها إلى أقسام رئيسة، وهي عظمية المدد أي الأهمية. ولذا سيشتمل هذا المبحث على مطلبين:

الأول: أنواع القواعد الفقهية.

والثانية: أهمية القواعد الفقهية ومكانتها.

وفيما يلي بيان لذلك:

المطلب الأول: أنواع القواعد الفقهية:

تنوع القواعد الفقهية باعتباريات مختلفة إلى عدة أنواع، وفيما يلي بيان لتلك الأنواع والتقسيم.

أولاً: تقسيم القواعد باعتبار الشمول والاتساع إلى كبرى شاملة، وأقل شمولاً وخاصة بباب فقهي أو قاعدة كبرى.

١- فالقواعد الكلية الكبرى الشاملة هي القاعدة التي ترجع إليها مسائل كثيرة من جميع أبواب الفقه. وهي القواعد الخمس التي ذكرها السيوطي: «الأمور بمقاصدها»، «اليقين لا يزول بالشك»، «المشقة تجلب التيسير»، «الضرر يزال»، «العادة محكمة»^(١) ويضاف إليها قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إعماله».

٢- وأما القواعد التي هي أقل شمولاً من الكبرى وسماها الطوفي بالصغرى فهي التي ترجع إليها مسائل كثيرة من أبواب الفقه، لكنها أقل من حيث عدد المسائل وأبواب الفقه. ومن ذلك: «التابع تبع»، و«الاجتهاد لا يقض بالاجتهاد» و«إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام».

٣- وأما القواعد الخاصة^(٢) بباب فقهي أو قاعدة كبرى فهي التي ترجع إليها مسائل كثيرة من باب واحد أو قاعدة كلية. وهي بمعنى الضابط ومن أمثلتها: «كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد»^(٣).

ثانياً: تقسيم القواعد باعتبار دليلها ومصدرها إلى منصوصة ومستنبطة.

١- فالقواعد الفقهية المنصوصة هي التي ورد بشأنها نص شرعي من كتاب أو سنة مثل: «الخارج بالضمان».

٢- وأما القواعد الفقهية المستنبطة فهي التي خرجها الفقهاء من تتبع الفروع الفقهية وتبوعها في مواردها المختلفة مثل: الأصل عند أبي حنيفة أن ما غير الفرض في أوله غيره في آخره خلافاً للصاحبين. ومن التطبيقات على هذه القاعدة أن المتيمم إذا أصر الماء في آخر صلاته بعدما قعد قدر التشهد قبل أن يسلم تفسد صلاته عند أبي حنيفة. وعند صاحبين لا تفسد^(٤).

ثالثاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار استقلاليتها وتبعيتها إلى مستقلة أصلية، وتابعه^(٥).

١- فالقواعد الفقهية المستقلة أو الأصلية: هي القواعد التي لم تكن قيداً أو شرطاً أو ضابطاً في قاعدة أخرى، ولم تنفرغ عن غيرها. ومن أمثلة ذلك القواعد الفقهية الست الكبرى.

(١) الأشياء والنظائر لابن السبكي ٢٠٠/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) تأسيس النظر للذبوسي ص ٦.

(٤) ينصرف من القواعد الفقهية لبا حسن ص ١٢٧.

(١) الأشياء والنظائر لابن السبكي ٢٠٠/١

٢- وأما القواعد الفقهية التابعة: فهي القواعد التي تخدم غيرها من القواعد بأن تمثل جانباً من جوانب القاعدة الكبرى كقاعدة: «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني» فإنها تمثل جانب المعاملات في قاعدة: «الأمر بمقاصدها» أو أن تكون قيداً أو شرطاً أو ضابطاً في غيرها كقاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها» فإنها تعد قيداً في قاعدة: «الضرر يزال» أو أن تكون استثناء من غيرها كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» فإنها تستثني حالات الضرورة من المحظورات الشرعية.

رابعاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار اتفاق العلماء عليها وعدم اتفاقهم إلى متفق عليها، ومختلف فيها^(١)؛

١- فالقواعد الفقهية المتفق عليها وهي نوعان:

أ- قواعد متفق عليها بين جميع المذاهب الفقهية كالقواعد الست الكبرى والتي قيل إن الفقه مبني عليها.

ب- القواعد المتفق عليها بين أكثر المذاهب: كالقواعد التسع عشرة التي ذكرها ابن نجيم^(٢) واختارهما من أربعين قاعدة عند السيوطي^(٣). ومن أمثلة هذا النوع: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، والتابع تبع.

٢- القواعد الفقهية المختلف فيها وهي نوعان:

أ- القواعد الفقهية المختلف فيها بين المذاهب الفقهية، وهي القواعد المتبقية من القواعد الأربعين التي ذكرها السيوطي بعد أن أخرج ابن نجيم التسع عشرة قاعدة فهي قواعد مختلف فيها بين الحنفية والشافعية مثل قاعدة: «ما حرم استعماله حرم اتخاذه»^(٤).

ب- القواعد الفقهية المختلف فيها بين علماء مذهب معين وهي - في الغالب - ترد بصيغة الاستفهام. ومن أمثلتها: «العصيان هل ينافي الترخيص أم لا؟»^(١).

المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومكانتها.

إن دراسة القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي على طلبة العلم الاشتغال بها والتركيز عليها لما تتضمنه من فوائد عديدة ومنافع كثيرة، ولما لها من مكانة في أصول الشريعة ومن ذلك:

أولاً: حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة، وغير المنحصرة في قواعد كلية يندرج تحت كل قاعدة أوضاع عدد كبير من الفروع. وقد أشار إلى هذه الفائدة كل من كتب في القواعد الفقهية من السابقين واللاحقين فقال القرافي: «من ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات»^(٢) وقال ابن رجب «تنظم منشور المسائل في سلك واحد، وتقيد به الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد»^(٣). وقال الزركشي: «فإن ضبط الأمور المنتشرة المتعددة في القوانين المتحدة هو أدعى لحفظها وأدعى لضبطها وهي إحدى حكم العدد الذي وضع لأجلها. والحكيم إذا أراد التعليم لا بد له أن يجمع بين بابين: إجمالي تشوف إليه النفس وتفصيلي تسكن إليه، وقد بلغني عن الشيخ قطب الدين السبائي رحمه الله أنه كان يقول: «الفقه معرفة النظام»^(٤) وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعته من مأخذ الفقه على نهاية المطلب، وتنظم عقده المنشور في سلك، وتستخرج له ما يدخل تحت ملك...»^(٥).

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك. ١٣٦.

(٢) الفروق للقرافي ٣/١.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣.

(٤) المنشور في القواعد للزركشي (١٠١/٦٦-٦٥).

(٥) المرجع السابق ١/١١٤ وانظر من المعاصرين الوجيز للبورنو ص ٢٤

ويرجع سبب التركيز على هذه الفائدة إلى أن عدد فروع الفقه وجزيئاته غير منحصرة ويزيد تعدادها على الملايين، بل المليارات. قال البايرتي الحنفي في عدد مسائل مذهبه: «ما وضعه أصحابنا في المسائل الفقهية هو ألف ألف ومائة ألف وسبعون ألف ونيف» وهو يزيد على ضعف ما نسب إلى إمام المذهب، وقيل إنها بلغت خمسمائة ألف مسألة^(١). وهذا يدل على أن الفروع تزيد وتكثر خلال العصور بتجدد الحوادث وتعدد المسائل^(٢). هذا في مذهب واحد فما بالك ببقية المذاهب، فإن مسائلها لا تنحصر، ويستحيل على الفقيه حفظها والإلمام بها بدون سلوك طريق القواعد الكلية، لأن تلك القواعد سهلة الحفظ بعيدة النسيان، ومنى ذكرها استحضرت عدداً كبيراً من الفرعيات.

ثانياً: تكوين الملكة الفقهية:

الملكة الفقهية: صفة راسخة في النفس تحقق الفهم لمقاصد الكلام الذي يسهم في التمكن من إعطاء الحكم الشرعي للقضية المطروحة، إما برده إلى مظانه في مخزون الفقه أو بالاستنباط من الأدلة الشرعية أو القواعد الكلية^(٣). وقد أطلق عليها البصيرة والحكمة والاجتهاد. فالبصيرة مأخوذة من النص القرآني: ﴿قَدْ جَاءَكُمْ بَصَائِرُ مِنْ رَبِّكُمْ فَمَنْ أَبْصَرَ فَلِنَفْسِهِ، وَمَنْ عَمِيَ فَمَلَيْنَاهَا وَمَا أَنَا عَلَيْكُمْ بِمُحِيطٍ﴾ [الأنعام: ١٠٤]. والحكمة مأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [البقرة: ٢٦٩] والاجتهاد مصطلح أصولي معروف.

والقواعد الفقهية تسهم إسهاماً كبيراً في تكوين الملكة الفقهية عند طالب العلم الشرعي؛ كما أشار إلى ذلك العلماء السابقون أمثال: السيوطي حيث قال: «اعلم أن فن الأنشاء والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره، ويتميز في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام المسائل التي

(١) العناية على الهداية للبايرتي مع فتح القدير ٤/١.

(٢) القواعد الفقهية لابن حنبل ص ١٥.

(٣) تكوين الملكة الفقهية لمحمد شبير ص ٥٨.

ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنفضي على مر الزمان. ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر^(١) وقال ابن نجيم: «الأول (يقصد علم القواعد) معرفة القواعد التي ترد إليها وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه في الحقيقة، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد، ولو في الفتوى»^(٢).

وقال ابن رجب: «إنها تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه على مآخذ الفقه على ما كان عنده قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد، وتقرب عليه كل متباعد»^(٣).

من هذه النصوص يتبين أن دراسة القواعد الفقهية تشكل عند طالب العلم الشرعي الملكة الفقهية عن طريق الأمور التالية:

- ١- فهم مناهج الاجتهاد والإطلاع على حقائق الفقه ومآخذه بحيث يتمكن من تخريج الفروع على الأصول والحاق الجزئيات بالكليات بطريقة سليمة منضبطة. وتعينه على استنباط الأحكام للقضايا المستجدة. وبذلك تكون القواعد الفقهية مصدراً خصباً لإثراء التشريعات الحديثة وتعمل على إحياء الاجتهاد وتجديد الفقه.
- ٢- إدراك مقاصد الشريعة وحكمها وأسرارها، كما نبه إلى ذلك القرافي حيث قال: «قواعد كلية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه»^(٤) وقال ابن عاشور «القواعد الفقهية مشتقة من الفروع والجزئيات المتعددة بمعرفة الربط بينها ومعرفة المقاصد التي دعت إليها»^(٥).

(١) الأنشاء والنظائر للسيوطي ص ٥.

(٢) الأنشاء والنظائر لابن نجيم ص ١٠.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٢.

(٤) الفروق للقرافي ٢/١.

(٥) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص ٦.

ومما لا شك فيه أن معرفة المقاصد ضرورية لتكوين الملكة الفقهية، كما نبه إلى ذلك الشاطبي حيث قال: «إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين، أحدهما: فهم مقاصد الشريعة على كمالها. والثاني: التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها»^(١). وينقل السيوطي عن الغزالي: «مقاصد الشرع قبلة المجتهدين من توجهه إلى جهة منها أصاب الحق»^(٢)، ومعرفة المقاصد تعين الفقيه على فهم النصوص، وكيفية استنباط الأحكام منها، وكيفية إلحاق الفروع بالأصول والقواعد الكلية.

٣- حفظ وضبط الفروع في قواعد كلية - كما ذكرنا في النقطة الأولى- ولكن الأصوليين اختلفوا في اشتراط معرفة فروع الفقه للمجتهد. فذهب غالبية الأصوليين إلى عدم اشتراطه لتلا يؤدي إلى الدور؛ إذ كيف تشتط في المجتهد العلم بفروع الفقه؛ وهو الذي يولدها ويستنبطها. في حين ذهب أبو إسحق الإسفرايني وأبو منصور الماتريدي إلى اشتراط العلم بفروع الفقه^(٣).

يبدو أن هذا الخلاف في المجتهد المطلق، أما المجتهد المقيد فلا خلاف بين الأصوليين في اشتراط معرفة فروع الفقه، وكذلك بالنسبة لتكوين الملكة، فلا خلاف في اشتراطه، فهو ضروري لتكوين الملكة الفقهية. ولما كان حفظ الفروع غير ممكن لأنها لا تنحصر، ويتسارع إليها النسيان فلا بد من الرجوع إلى القواعد الكلية التي تجمع تلك الفروع.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن الاشتغال بعلم القواعد الذي يسهم في تكوين الملكة الفقهية لدى الطالب يحتاج إلى العزم والحزم والجد والاجتهاد كما قال السيوطي: «إن هذا الفن لا يدرك بالتمني ولا يتأكل بسوف ولعل ولو أني، ولا يبلغه إلا من كشف عن ساعد الجد وشمر واعتزل أهله وشد المئزر وخاض البحار وخالط المعاج (أي غبار

الكتب) ولازم التردد إلى الأبواب في الليل الداج (المظلم) يدأب في التكرار والمطالعة بكرة وأصيلاً. وينصب نفسه للتأليف والتحرير بيتاً ومقيلاً...»^(٤).

ثالثاً: المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه ودفع التناقض عنه.

إن الاشتغال بالقواعد الفقهية الكلية وحفظها بحيث تجري مجرى الأمثال في شهرتها ودلالتها، ورد الجزئيات إليها يؤدي إلى المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه ودفع التناقض عنه؛ فينبغي على الفقيه أن لا ينظر إلى الجزئيات منفردة دون ربطها ب كلياتها، كما أنه لا يعتبر الكلي بإطلاق دون اعتبار الجزئي الذي يتحقق فيه مضمونه أو مناطه كما يقول الشاطبي: «فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها»^(٥) وذلك لأن الجزئي لم يوضع جزئياً إلا لكون الكلي فيه على التمام، فالإعراض عن الجزئي من حيث هو إعراض عن الكلي نفسه في الحقيقة وذلك تناقض^(٦).

وترجع هذه النظرة في أساسها إلى كليات القرآن الكريم وجزئياته، فقد اتخذ القرآن منهجاً كلياً في بيانه وتعبيره عن الأحكام - في الغالب - كما قال الشاطبي: «تعريف القرآن بالأحكام أكثره كلي لا جزئي، وحيث جاء جزئياً فمأخذه على الكلية»^(٧) أي كتطبيق للكلي. ويقول أيضاً: «إن الكتاب قد تقرر أنه كلية الشريعة، وعمدة الملة وينبوع الحكمة وآية الرسالة ونور الأبصار والبصائر... وإذا كان كذلك لزم ضرورة لمن رام الإطلاع على «كليات الشريعة» وطمع في إدراك مقاصدها واللاحق بأهلها أن يتخذ سميره وأنيسه، وأن يجعله جلسيه على مر الأيام والليالي نظراً وعملاً؛ لا اقتصاراً على أحدهما»^(٨) فلا بد من اعتبار الكلي بالجزئي والجزئي بالكلي عند الاجتهاد للمحافظة

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣، ٢.

(٢) الموافقات للشاطبي ١١٩/٤.

(٣) المرجع السابق. وانظر بحث مقارنة في الفقه الإسلامي للدري ٣٨١/١.

(٤) الموافقات للشاطبي ٣٦٦/٣.

(٥) الموافقات للشاطبي ٨/٣.

(١) الموافقات للشاطبي ١٠٥/٤-١٠٦.

(٢) الرد على من أخذ إلى الأرض للسيوطي ص ١٨١.

(٣) كشف الأسرار للزودي ٢٩/٤، المحصول للرازي ٢٥/٦، البحر المحيط للزركشي ٢٥٠/٦، شرح الكوكب المنير للفتحي ٢٩٦/٢، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٥٢.

على وحدة القرآن الكريم وعدم تناقضه، لقوله تعالى: ﴿وَلَوْ كَانِ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ
أَخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ [النساء: ٨٢] فنفي أن يقع فيه الاختلاف البتة، ولو كان فيه ما يقتضي
قولين مختلفين لم يصدق عليه هذا الكلام على حال^(١). فالتناقض منفي قطعاً في هذا
القرآن بجميع أنواعه، سواء أكان بين معاني النصوص وأحكامها، أم بين كلياته وجزيئاته،
أم بين مقاصد الجزئيات والمقاصد العامة للتشريع. وهذا ينبغي أن ينسحب على الفقه
المستنبط من القرآن الكريم؛ لأنه روحه ولبه. ولكن الناظر في اجتهادات الفقهاء المبنية
على الرأي يلحظ أحياناً خروجاً عن ذلك؛ لأن جهد البشر يعجزه النقص، ولا يمكن أن
يتصف بالكمال فلا بد من ربط جزئيات الفقه بكلياتها لعدم الوقوع في التناقض. قال
القرافي: «ومن جمل يخرج الفروع المناسبات الجزئية دون القواعد الكلية. تناقضت عليه
الشروع واختلفت وتزلزلت خوارفه فيها واضطربت»^(٢).

رابعاً: تكوين تصور عام عن الفقه.

إذا كان تكوين الملكة الفقهية ضرورياً بالنسبة للمختصين في الفقه؛ فإن تكوين
التصور العام عن الفقه وموضوعاته ضروري للمختصين وغيرهم؛ لأن علم الفقه هو أكثر
العلوم الشرعية مساساً بحياة الناس، إذ فيه بيان حكم الشرع في تصرفات الإنسان
المختلفة ومشكلات الحياة اليومية المتعلقة بجميع نواحي الحياة الأخروية والدنيوية من
سياسية واقتصادية واجتماعية. ولما كانت معرفة تلك الفروع التفصيلية تشق على
المختصين بالفقه، فعلى غيرهم شاقة من باب أولى. ولهذا يصار إلى جمع الفروع
المتشابهة في قواعد كلية أو ضوابط فقهية وتقدمها إلى غير المختصين بهدف تكوين
تصور عام عن الفقه. وهذا التصور يحقق عدة فوائد لغير المختصين منها:

١- تيسير فهم الفقه الإسلامي على غير المختصين، فإن هذه القواعد تجمع فروعاً
متعددة في عبارة سهلة رشيدة لا تعقيد فيها ولا يحار الذهن في فهمها. ولولا هذه

القواعد لبقيت الأحكام مشتتة قد تعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار^(٣)
فهى تشكل المعيار الدقيق لتنظيم الأحكام الفرعية وترتيبها، وتحديد الرابط الذي يربط
بينها أو المناط الذي تبنى عليه.

٢- التيسير على الباحثين من غير المختصين في الفقه: كعلماء القانون الوضعي
وعلماء الاقتصاد وعلماء الاجتماع الرجوع إلى تلك القواعد ورد جزئيات الفقه إليها
والكشف عن الأحكام، فهي تساعدهم على الاستقلال بأنفسهم في فهم النصوص
الفقهية، والبحث عن الأحكام الشرعية في مظانها، فالقانوني يحتاج إلى القواعد الفقهية
لتفسير المواد القانونية المستمدة من الفقه الإسلامي: كالقانون المدني. والاقتصادي
يحتاج إليها لتفسير المواد التجارية المستمدة من الفقه الإسلامي.

٣- التمهيد لصياغة نظريات كلية في الفقه الإسلامي تفيد غير المختصين في الفقه؛
لأن هذا الفقه غني بالنظريات الكلية، وقد شهد بذلك غير الفقهاء من القانونيين
كالسكندري وغيره^(٤)، ولكنها تحتاج إلى صياغة وترتيب وتنظيم، ولو صيغت تلك
النظريات لصاغت، بل فاقت في رقيها وشمولها ومسيرتها للتطور أعظم النظريات الغربية
في القانون والاقتصاد. ومن هذه النظريات نظرية التعسف في استعمال الحق فالقواعد
والضوابط الفقهية مرحلة مههلة لصياغة النظريات الفقهية^(٥). وقد بذلت جهود جيدة
لإخراج بعض النظريات، ولكن الباب لا يزال مفتوحاً أمام الدارسين.

خاصة: أثر القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء.

اختلاف الفقهاء يتمثل في الآراء والاجتهادات الفقهية المتنوعة التي توصل إليها
الفقهاء عن طريق الاجتهاد في القضايا والنوازل التي لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة.
ودفع إليه الإخلاص لله وإقامة دينه بالبحث عن حكم كل ما جد من وقائع الحياة وهو

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٤٩/٢.

(٢) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد ليوسف الغزالي ص ٢٩.

(٣) النظريات الفقهية لمحمد الرحلي ص ٢٠١.

(١) الموافقات للشاطبي ١١٩/٤.

(٢) الفروق للقرافي ٣/١.

اختلاف اقتضته طبيعة اللغة ومناهج الاستنباط فضلاً عن تفاوت الفقهاء في قدراتهم العقلية^(١). قال ابن خلدون: «فاعلم أن هذا الفقه المستنبط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين باختلاف مداركهم وأنظارهم خلافاً لأبد من وقوعه» ثم قال في بيان أهميته: «وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم ومران المطالعين له على الاستدلال فيما يرمون الاستدلال عليه»^(٢).

فالدارس لاختلاف الفقهاء يقف على آراء الفقهاء وأسباب اختلافهم وأدلتهم ومآخذهم ومناقشة الأدلة بقصد الوصول إلى الرأي الذي تقويه الأدلة. وقد ركز الفقهاء والأصوليون المعاصرون في مجال أسباب الاختلاف على القواعد اللغوية والأصولية^(٣) وأغفلوا القواعد الفقهية، مع أن الفقهاء القدامى لم يغفلوا هذا الجانب وأفردوه بالتصنيف، ومن هؤلاء العلماء أبو زيد الدبوسي، حيث ذكر في كتابه تأسيس النظر الكثير من القواعد الفقهية التي كان الخلاف في تقييدها وصياغتها سبباً من أسباب الاختلاف في الفروع الفقهية. وقد ظل هذا الجانب مغفلاً عند المعاصرين إلى أن جاء الدكتور محمد الروكي وأفرد بعمل علمي متميز سماه: «نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء» فجزاه الله خير الجزاء على ما قدم وبذل من جهد في إبراز هذا الجانب. وقد بين في كتابه: أن الفقهاء في تناولهم للخلاف الفقهي وأسبابه لم يدرجوا ضمن هذه الأسباب التقعيد الفقهي بشكل واضح مباشر مقصود، في حين أنه من أهم أسباب الاختلاف، بل إنه يعادل أسباب الاختلاف كلها؛ لأن أسباب الاختلاف التي تحدث عنها الفقهاء إنما ترتبط بالأحكام الجزئية، ونحن هنا نريد الحديث عن ارتباطها بالأحكام الكلية. وهي من هذه الجهة تعتبر بمجموعها أسباباً للاختلاف^(٤).

(١) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ١٩٠.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ٣٩٨.

(٣) من الكتب التي اهتمت بأسباب الاختلاف: أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الخفيف، وأسباب اختلاف الفقهاء لعبد الله التركي، وأثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء لمصطفى الشن.

(٤) نظرية التقعيد الفقهي وأثره في اختلاف الفقهاء للروكي ص ٢٤٧.

وقد يرجع سبب عدم التركيز على هذا السبب أنه ليس سبباً بذاته، وإنما هو مسبب عن أسباب الاختلاف المعروفة. ولكن ليس هذا مبرراً لإغفاله وعدم التركيز عليه، بل لا بد من إظهاره وبيان العلاقة بين القواعد الفقهية واختلاف الفقهاء. ومن الأمثلة التي تظهر تلك العلاقة. قاعدة: «الرخص لا تناط بالمعاصي» أي رخص الشرع لا يستحقها العصاة؛ لأنهم دخلوا إلى تلك الرخص من باب المعصية لا من باب الطاعة. لكن الفقهاء اختلفوا في هذه القاعدة فمنهم من أقرها، ومنهم من لا يعتبرها. ولذلك ساقها النونشريسي بصيغة الاستفهام: «العصيان هل ينافي الترخيص أم لا؟» وعليه تيمم المعاصي بسفره وقصره، وفطره وتناوله الميتة ومسح المحرم العاصي بلبسه^(١). وقد ترتب على الاختلاف في هذه القاعدة الاختلاف في أحكام الفروع المندرجة تحت هذه القاعدة.

وأما سبب اختلافهم في اعتبار أصل القاعدة فيرجع إلى الاختلاف في المشترك اللغوي الوارد في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] فقوله تعالى: ﴿غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ﴾ يحتمل معنيين. الأول: غير باغ ولا عاد في سفره، فلا بد أن يكون سفره سفر طاعة لا سفر معصية. والثاني: المراد غير باغ ولا عاد في تناول الأكل المحرم. فالذين حملوها على المعنى الأول استنبطوا قاعدة: «الرخص لا تناط بالمعاصي» والذين حملوها على المعنى الثاني قالوا لا وجه لاستنباط تلك القاعدة^(٢).

سادساً: مكانة القواعد الفقهية من مصادر الأحكام.

إن للقواعد الفقهية دوراً مهماً في الكشف عن الحكم الشرعي وإلحاق الفروع بالكليات. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا السياق هل يجوز أن نجعل القاعدة الفقهية أو الضابط الفقهي دليلاً شرعياً نستند إليه في الاستنباط، ونعتمد عليه في الترجيح؟

(١) إيضاح المسالك للنونشريسي قاعدة (١٢) ص ٦٦

(٢) نظرية التقعيد الفقهي للروكي ص ٢٤٨-٢٤٩.

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: مقتضى قول الجويني^(١) وابن دقيق العيد^(٢) وابن نجيم^(٣) عدم جواز الاحتجاج بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية. واستدلوا لذلك بما يلي:

١- إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية، وإن المستنبات فيها كثيرة ومن المحتمل أن يكون الفرع المراد استنباطه من القاعدة داخلاً في المستنبات^(٤).

٢- إن أغلب القواعد والضوابط الفقهية لا تستند إلى نصوص شرعية، وإنما تستند إلى استقراء ناقص للفروع الفقهية فلا تغيد اليقين. والبعض الآخر منها يستند إلى الاجتهاد، وهو يحتمل الخطأ، فتعميم حكم القاعدة على جميع الفروع فيه نوع من المجازفة^(٥).

٣- إن القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع المختلفة ورابط لها، وليس من المعقول أن نجعل ما هو ثمرة ورابط دليلاً للاستنباط^(٦).

(١) قول الجويني الذي فهم منه عدم الجواز: «وأننا الآن أضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضى النطق العجب منهما، وغرضي بإيرادهما تنبيه الفراع لترك المسلك الذي جهدته في الزمن الخالي. ولست أقصد الاستدلال بها، فإن الزمان إذا فرض خالياً عن التفاريع والتفاصيل لم يستد أهل الزمان إلا إلى مقطع به. فالذي أذكر من أساليب الكلام في تفاصيل الظنون فالمثلان أحدهما في الإباحة. والثاني في براءة الذمة». (غيث الأهم في الثبات الظلم ٢٦٠).

(٢) انتقد ابن دقيق العيد الشافعي إبراهيم بن عبد الصمد المعروف بابن بشير المالكي لاستنباطه أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه. وقال: «إنها غير مخلصة، وأن الفروع لا يطرده تخريجها على القواعد الأصولية (يقصد القواعد الفقهية) (الديباج لابن فرحون ص ٨٧).

(٣) قول ابن نجيم في الفوائد الزينية كما نقله المحوي في غمز عيون البصائر ٣٧/١ «أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه الضوابط؛ لأنها ليست كلية، بل أغلبية خصوصاً وهي لم تثبت من الإمام بل استخرجها الشايخ من كلامه».

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٤٨/٢.

(٥) القواعد الفقهية لبنا حسين ص ٢٧٢.

(٦) الوجيز في إضاح قواعد الفقه للبروني ص ٣٩.

القول الثاني: مقتضى قول الغزالي الشافعي^(١) والقرافي^(٢) وابن بشير^(٣) والشاطبي^(٤) من المالكية أن الأصل جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع ويؤيد ذلك:

١- إن القاعدة الفقهية كلية أي منطقية على جميع جزئياتها، ولا يقدر في كليتها وجود استثناءات - كما بينا سابقاً -.

٢- إن حجية القاعدة وصلاحيتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى تلك القاعدة، فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة^(٥) وتكون دلالتها قطعية.

٣- إن تتبع اجتهادات الأئمة الأعلام ليرشد إلى اعتبارهم لهذه القواعد واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص. الأمر الذي يبين لنا أن هذه القواعد راسخة في أذهان المجتهدين^(٦). ومن الأمثلة على

(١) قول الغزالي الذي يفهم منه ذلك: «كل معنى مناسب للحكم مطرد في أحكام الشرع، لا يرد أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع فهو مقول به، وإن لم يشهد له أصل معين» (المختول ص ٣٦٤).

(٢) القرافي رد فتاوى من لم يوقع الطلاق في مسائل الدور التي منها قول القائل لزوجه: إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً. وقال: يقضى قضاء من حكم بقاء الزوجية وعدم إيقاع الطلاق. وعلى ذلك بمخالفة قاعدة الشرط الذي هو صحة اجتماع مع الشروط فقال: «ولو قضى باستمرار عصمة من لزوم الطلاق بناء على المسألة السريجية (نسبة إلى ابن سريج الشافعي) نقضناه؛ لكونه على خلاف قاعدة أن الشرط قاعدته صحة اجتماعه مع الشروط. وشرط السريجية لا يجتمع مع مشروطه أبداً، فإن تقدم الثلاث لا يجتمع مع لزوم الطلاق بعدها» (الفروق ٤/٤٠).

(٣) الديباج لابن فرحون ص ٨٧.

(٤) قول الشاطبي: «كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح بيني عليه، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به» (الموافقات ٣٩/١).

(٥) قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي للكيلاني ص ١٠٨.

(٦) المرجع السابق.

ذلك: صرّح جمهور الفقهاء أن الجماعة إذا قتلوا واحداً يقتلون به، وكان مما احتجوا به بالإضافة إلى قول الصحابي والقياس القواعد الكلية فقال ابن العربي: «فإن الله سبحانه وتعالى إنما قتل من قتل صيانة للأفئدة عن القتل، فلو علم الأعداء أنهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوهم في جماعتهم. فحكمنا بإيجاب القصاص عليهم ردعاً للأعداء، وحسماً لهذا الداء»^(١).

القول الثالث: ذهب لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية^(٢) إلى أن الأصل في القاعدة الفقهية عدم الاستناد إليها في استنباط الأحكام ما لم يوجد عليها نص صريح من الكتاب أو السنة. فقد جاء في تقريرهم: «المقالة الثانية من المجلة هي القواعد التي جمعها ابن نجيم، ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى. فحكماء الشرع ما لم يفتوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل»^(٣).

وقد علل بعض شراح المجلة ذلك بأن هذه القواعد لها مدارك ومآخذ وقيد وشروط قد تغيب عن بال الكثيرين من المقلدين. حيث قال الأناسي: «يتنور بها المقلد، ولا يتخذها مداراً للفنوى والحكم، فلعن بعضاً من حوادث الفنوى خرجت من إطارها بقيد زائد، أو لأحد الأسباب المتقدم ذكرها. وهذا يحتاج إلى نظر دقيق وتحرر عميق يجري تلك القواعد في مشتملاتها الحقيقية، ويستثنى منها ما خرج عنها بقيد أو سبب من

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٢/٢٢٤. وانظر قواعد المقاصد للكيلاني ص ١٠٩.

(٢) تتكون لجنة إعداد المجلة من: أحمد جودة ناظر ديوان الأحكام العدلية، والسيد خليل مفتش الأوقاف، وسيف الدين عضو شورى الدولة، وأحمد الخلوصي موظف في ديوان الأحكام العدلية، وأحمد حلمي موظف في ديوان الأحكام العدلية، ومحمد أمين الجندي عضو شورى الدولة، وعلاء الدين بن محمد بن أمين عابدين.

(٣) مجلة الأحكام العدلية ص ١١. وقد ذهب كثير من المعاصرين إلى مثل هذا الرأي: منهم علي الندوي في القواعد الفقهية ص ٢٩٥، ومحمد صديقي البورني في الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص ٤٠، وأحمد بن عبد الله بن حميد في مقدمة تحقيق القواعد للمقرى ١/١١٦، وصالح السدلان في القواعد الفقهية الكبرى ص ٢٨.

الأسباب المارة»^(١) يفهم من هذا النص أن القاضي المقلد لمذهب من المذاهب يستأنس بتلك القواعد ولا يستند إليها في استنباط الأحكام، في حين أن المجتهد العالم بالمدارك والمآخذ والقيد والشروط يجوز له الاستناد إليها في الاستنباط.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث من أن الأصل عدم جواز الاستدلال بها، ويستثنى من هذا الأصل الجواز بالشروط التالية:

١- أن تستند القاعدة الفقهية على دليل من كتاب أو سنة أو إجماع.

٢- أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلاً مقطوعاً به من كتاب أو سنة أو إجماع.

وبناء على ذلك فإن القواعد التي كان أصلها نصاً من كتاب أو سنة نبوية، أو كانت مستندة إلى أدلة صريحة من الكتاب أو السنة أو الإجماع تعتبر مصادر يجوز الاستناد إليها في الاستنباط. لأن الرجوع إليها رجوع إلى الأدلة التي استندت إليها: مثل قاعدة: «الأمر بمقاصدها» فإنها تستند إلى نص صريح من السنة وهو قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»^(٢) وأما القواعد الفقهية التي لا تستند إلى دليل صريح من الكتاب أو السنة أو الإجماع؛ فإنها لا تعتبر مصدراً يستند إليها في الاستنباط، سواء اتفق الفقهاء على تقييدها أو اختلفوا فيه. ولكن عند الاتفاق يمكن أن يستأنس بها في الترجيح بين الآراء وتفرع الأحكام وتخريجها. وبهذا يمكن الجمع بين الأقوال الثلاثة. فالقول الأول يمكن أن يحمل على القواعد الاجتهادية المختلف فيها بين الفقهاء، والتي لم يكن أصلها نصاً من كتاب أو سنة أو لم تكن تستند إلى أدلة صريحة من كتاب أو سنة أو إجماع. وأما القول الثاني فيحمل على القواعد التي كان أصلها كتاب أو سنة أو استندت إلى أدلة صريحة من القرآن أو السنة أو الإجماع.

(١) شرح الأناسي للمجلة ١/١٢.

(٢) صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب (١)، ٢/١.

رفيع
عبد الرحمن (النحري)
أسكنه الله الفردوس
الفصل الثاني
فقه القواعد الكلية الكبرى

نقصد بالفقه في هذا الفصل وغيره من الفصول التالية المعنى الشامل للفهم والإدراك والعلم والشنق. فالفقيه لا يكتفي بمعرفة المعنى الإجمالي للقاعدة ولا يقتصر على بعض التطبيقات وإنما يفتش عن حقيقتها، ويفتح ما استغلق منها، ويشققها إلى عناصرها الأولية، ويبحث في كيفية إلحاق جزئياتها بها، ويعرف مضمونها أو مناطقها وغير ذلك مما يقتضيه الفقه الشامل للقاعدة الفقهية. وأما المراد بالقواعد الكلية الكبرى فهي القواعد التي تحكم بنية الفقه الإسلامي بغض النظر عن القوالب المذهبية الفقهية التي تقولبت فيها المدارس الفقهية المختلفة. فقد ذكر السيوطي خمسة قواعد كبرى عليها مدار الفقه وهي: «الأمور بمقاصدها» و«اليقين لا يزول بالشك» و«الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير» و«العادة محكمة». ويمكن أن يضاف إليها قاعدة سادسة وهي: «إعمال الكلام أولى من إهماله» وفيما يلي بيان لهذه القواعد الكلية الكبرى. وسيشتمل هذا الفصل على ستة مباحث وهي:

المبحث الأول: فقه قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

المبحث الثاني: فقه قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

المبحث الثالث: فقه قاعدة: «الضرر يزال»

المبحث الرابع: فقه قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

المبحث الخامس: فقه قاعدة: «العادة محكمة»

المبحث السادس: فقه قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

وفيما يلي بيان لفقه تلك القواعد:

المبحث الأول

فقه قاعدة: «الأُمور بمقاصدها»

قاعدة: «الأُمور بمقاصدها» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، حيث تحتل جزءاً كبيراً في مجال التطبيق الفقهي، حتى قال الإمام الشافعي في الحديث الذي اشتقت منه هذه القاعدة وهو: «إنما الأعمال بالنيات»^(١): «هذا الحديث ثلث العلم، ويدخل في سبعين باباً من الفقه»^(٢) وقال الإمام أحمد بن حنبل: «أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث: حديث عمر: «إنما الأعمال بالنيات» وحديث عائشة: «من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد»^(٣) وحديث النعمان بن بشير: «الحلال بين والحرام بين»^(٤) وقال إسحق بن راهويه: «على أربعة أحاديث» حيث زاد على الثلاثة السابقة، حديث: «إن خلق أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً»^(٥) وفي رواية: الدين يدور على خمسة أحاديث، حيث زيد على الثلاثة السابقة حديث: «لا ضرر ولا ضرار»^(٦) وحديث: «الدين النصيحة»^(٧) ومما يدل على اهتمام العلماء بهذه الجوامع أن بعضهم صاغها شعراً، وهو أبو الحسن طاهر بن مفلح المعافري الأندلسي حيث قال:

-
- (١) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب (١)، ٢/١. صحيح مسلم، كتاب الإمامة، ٣/١٥١٥.
(٢) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٥. وقد ذكر السيوطي في الأشباه (ص ٩-١٠) تلك الأبواب.
(٣) صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب (٥)، ٣/١٦٧.
(٤) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٣٩)، ١/١٩.
(٥) صحيح البخاري، كتاب التوحيد، باب (٢٨)، ٨/١٨٨.
(٦) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب (١٧)، ٢/٧٨٤. وقال الألباني: يرتقي إلى درجة الصحيح بكثرة طرقه.
(٧) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، رقم (٩٥) ١/٧٤، صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٤٠)، ٢٠/١.

عمدة الدين عندنا كلمات
أتق الشبهات وازهد ودع ما
أربع من كلام خير البرية
ليس يعينك واعملن بنية^(١)

فهذه الأقوال على اختلاف بينها في عدد الأحاديث تنفق على أن حديث: «إنما الأعمال بالنيات» واحد من الأحاديث التي يدور عليها الفقه، وأن النيات والمقاصد مهمة في تصرفات العباد. وسوف يشتمل فقه القاعدة على الأمور التالية:

١- معنى القاعدة.

٢- تأصيل القاعدة.

٣- تحليل القاعدة.

٤- تطبيقات القاعدة الفقهية.

٥- القواعد الكلية التي تتعلق بهذه القاعدة.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

قبل بيان مقومات هذه القاعدة وتطبيقاتها لا بد من بيان معناها، وذلك ببيان مفرداتها ومعناها الإجمالي. ولذا سيشتمل هذا المطلب على الأمور التالية: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها.

أولاً: معاني مفردات قاعدة: «الأمور بمقاصدها» والألفاظ ذات الصلة.

تشتمل هذه القاعدة على لفظين فقط هما: الأمور، والمقاصد. وفيما يلي بيان كل لفظ وما يتعلق به من الألفاظ.

١- معنى الأمور:

الأمور: جمع أمر، وهو في أصل اللغة يرجع إلى خمسة أصول كما ذكر ابن فارس

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٦

وهي: الأمر من الأمور (الشئون)، والنماء والبركة، وضد النهي، والمعلم، والمعجب^(١). فهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها^(٢). وعلى ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَلَيْهِ يَرْجِعُ الْأَمْرُ كُلُّهُ﴾ [هود: ١٢٣]. وقال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّ الْأَمْرَ كُلَّهُ لِلَّهِ يُخَفِّفُونَ فِي أَنْفُسِهِمْ مَا لَا يَبْدُونَ لَكَ يَقُولُونَ لَوْ كُنَّا لِنَأْمُرَ بِشَيْءٍ مِمَّا فَعَلْنَا هَهُنَا﴾ [آل عمران: ١٥٤].

ثم إن الكلام على تقدير مقتضى، أي أحكام الأمور بمقاصدها؛ لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء، لا عن ذواتها^(٣).

٢- معنى المقاصد:

المقاصد جمع مقصد وهو مأخوذ من قصد يقصد قصداً. وهو يطلق على عدة معانٍ منها: إتيان الشيء وأمته، واكتناز في الشيء، واستقامة الطريق^(٤). ولعل المراد به في هذه القاعدة هو المعنى الأول. فالقصد إتيان الشيء وأمته والتوجه إليه^(٥).

والقصد في اصطلاح الفقهاء: «هو العزم المتجه نحو إنشاء فعل»^(٦). وبعبارة أخرى: «الدوافع والدواعي التي تجعل المكلف يتجه بما يصدر عنه إليها»^(٧).

٣- الألفاظ ذات الصلة بالقصد:

توجد عدة ألفاظ ذات صلة بالقصد وهي: النية، والباحث، والإرادة، والعزم، والهم. وفيما يلي بيان معنى كل لفظ منها، وبيان العلاقة بينه وبين القصد.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/ ١٣٧.

(٢) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٢٤.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٥.

(٤) المفردات للراغب ص ٤٠٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/ ٩٥.

(٥) قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لبأ حسين ص ٢٥.

(٦) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٣/ ٩٦.

(٧) قاعدة: الأمور بمقاصدها لبأ حسين ص ٢٨.

أ- النية:

النية لغة: مأخوذة من نوى الأمر نويته أنويه قصدته. وأصلها في اللغة يرجع إلى معنيين. الأول: مقصد لشيء. والثاني: عجم شيء. والأول هو الذي يعنيننا. قال أهل اللغة: النوى التحول من دار إلى دار. هذا هو الأصل ثم حمل عليه الباب كله، فقالوا: نوى الأمر، بنويه إذا قصد له^(١).

والنية في الاصطلاح: كما عرفها القرافي: «قصد الإنسان بقلبه ما يريد به فعله»^(٢) وعرفها النووي بأنها: «عزم القلب على عمل فرض أو غيره»^(٣).

فالتية والقصد متقاربان في المعنى ولذلك عرّف النووي النية بالقصد^(٤). وقال ابن القيم: «النية هي القصد بعينه، ولكن بينها وبين القصد فرقان:

أحدهما: أن القصد معلق بفعل الفاعل نفسه وبفعل غيره. والنية لا تتعلق إلا بفعله نفسه، فلا يتصور أن ينوي الرجل فعل غيره، ويتصور أن يقصده ويريده.

والفرق الثاني: أن القصد لا يكون إلا بفعل مقدور يقصده الفاعل. وأما النية فينوي الإنسان ما يقدر عليه وما يعجز عنه»^(٥).

ب- الباحث:

الباحث لغة من البعث، وهو الإثارة والإيقاظ من النوم^(٦). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي له عن المعنى اللغوي. وهو الأمر النفسي الذي يحرك الإرادة ويبعثها لتحقيق تصرف معين، بحيث يكون التصرف كالوسيلة للباحث، حتى إذا نفذ الباحث

عن طريق التصرف كان غاية ومآلاً حسيّاً قائماً^(١). وهو السبب الذي يدفع الشخص إلى التصرف.

ج- الإرادة:

الإرادة لغة من الرود. فيقال أراد الرجل كذا إرادة إذا طلبه أو اختاره أو شاء^(٢).

والإرادة في الاصطلاح هي: «نزوع النفس وميلها إلى الفعل، بحيث يحملها عليه»^(٣) وعرفها الجرجاني بأنها: «صفة توجب للحمي حالاً يقع منه الفعل على وجه دون وجه»^(٤).

وتتفق الإرادة والقصد في أن كلا منهما يدل على تعيين العمل والتوجه نحوه لفعل أو ترك أو نفي أو إثبات. لكنهما يختلفان من وجهين:

أحدهما: أن القصد (بمعنى النية) يختص بفعل القاصد (الناري) دون فعل غيره، وأما الإرادة فغير مختصة بأحد الفعلين. فهي تتعلق بفعل الفاعل أو غيره.

والثاني: أن القصد إرادة في حال إيجاد الفعل فقط، فلا يصح أن تقول: قصدت أن أزورك غداً. أما الإرادة فأعم من ذلك^(٥).

د- العزم:

العزم لغة: من عزم على الشيء عزمًا بمعنى أراد فعله مع القطع عليه. وأصل العزم في اللغة: الصرمة والقطع^(٦).

- (١) التعبير عن الإرادة لوحيد الدين سوار ص ٥٥٤، ونظرية الباحث للكيلاني ٢٧
- (٢) لسان العرب لابن منظور ١٢٥٢/١، الكليات للكفوي ١/١٠٢.
- (٣) الكليات للكفوي ١/١٠٣.
- (٤) التعريفات للجرجاني ص ٣٠.
- (٥) الفروق في اللغة للمسكري ص ١١٩-١٢٠.
- (٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٠٨/٤، المصباح المنير للفيومي ٥٥٨.

- (١) المصباح المنير للفيومي ٨٦٨، معجم مقاييس اللغة لابن: ارس ٣٦٦/٥.
- (٢) الذخيرة للقرافي ١/٢٤٠.
- (٣) المجموع للنووي ١/٣١٠.
- (٤) تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ٣٤.
- (٥) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/١٩٠.
- (٦) الكليات للكفوي ١/٤٠٦.

والعزم في الاصطلاح: الثبات والشدة فيما عقدت النية عليه^(١).

ويتفق العزم والقصد في أن كلا منهما يدل على تعيين العمل والتوجه نحوه لفعل أو ترك، لكنهما يختلفان من حيث وقت التعلق، فالقصد يتعلق بالحال، وأما العزم فيتعلق بالاستقبال.

هـ- الهم:

الهم لغة: من همّ بالشيء أرادته، وعزم عليه. ومنه حديث: «أصدق الأسماء حارث وهمام»^(٢)، وإنما كان أصدقها لأنه ما من أحد إلا وهو يهم بالأمور خيراً كان أو شراً^(٣).

والهم في الاصطلاح: عقد القلب على فعل شيء قبل أن يفعل من خير أو شر^(٤).

والهم والقصد يتفقان في أن كلا منهما يدل على تعيين العمل والتوجه إليه، ولكنهما يختلفان في الوقت فالهم يسبق القصد، فقد يهم الإنسان بالأمور قبل القصد إليه وذلك أنه يبلغ آخر عزمه عليه ثم يقصده^(٥).

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة: «الأمور بمقاصدها».

المراد بهذه القاعدة أن أحكام التصرفات الصادرة من الإنسان تختلف باختلاف قصد الإنسان أو نيته. فبالنية يكون الفعل عبادة أو غير عبادة. وبالنية يكون التصرف طاعة أو معصية، وبالنية يكون القول حلالاً أو حراماً، وبالنية يكون العقد صحيحاً أو فاسداً. ولا فرق في ذلك بين أن يكون التصرف فعلاً أو قولاً. ومما يدل على كون الفعل تابعاً للقصد أو النية قوله تعالى: ﴿وَيَوْمَئِذٍ أَحْسَبُ يَتَنَبَّأُ فِي ذَلِكَ أَنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فالزوج إذا قصد من إرجاع زوجته بعد طلاقها الإصلاح جازت الرجعة، وإن قصد بها الإضرار

لم تجز لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُحْكُمُوهُنَّ فِى مَا كُنَّ يَلْعَنُونَ﴾ [البقرة: ٢٣١]، ومما يدل على كون القول تابعاً للقصد أو النية ما روى الترمذي -بسند- عن ركانة الذي طلق امرأته بلفظ «النية» قال أتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إني طلقت امرأتي البتة. فقال: ما أردت بها؟ قلت: واحدة. قال: «والله؟» قلت والله. قال: فهو ما أردت^(١) فقد جعل النبي ﷺ نية ركانة في الحكم على قوله وهو قوله: «أنت طالق البتة».

فالمدار في تصرفات الإنسان الفعلية والقولية على المقاصد والنيات لا على ذات الأفعال والألفاظ. قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «إن أعمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي ترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات. فمن قتل غيره بلا مسوغ مشروع إذا كان عامداً فلفعله حكم، وإذا كان مخفطاً فله حكم آخر. ومن قال لآخر: خذ هذه الدراهم: فإن نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة»^(٢).

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الأمور بمقاصدها».

التأصيل من أصل الشيء إذا جعل له أصلاً ثابتاً يبنى عليه، والأصل الأساس المتين. وهنا يقتضي الرجوع إلى أصول التشريع الإسلامي من قرآن وسنة وإجماع وقياس؛ لمعرفة ما يؤصل هذه القاعدة ويقمها على أسس متينة. وفيما يلي بيان لتلك الأصول أو الأدلة التي تستند إليها هذه القاعدة:

إن هذه القاعدة تستند إلى حديث: «إنما الأعمال بالنيات»، ولذلك تعد أدلة اعتبار النية في الأعمال أدلة لهذه القاعدة. وقد وردت في اعتبار النية نصوص كثيرة ومتنوعة في القرآن والسنة ساكتفي بذكر بعضها، ثم أذكر بعض الأدلة العقلية ومنها:

(١) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ٣١٠.

(٢) مستد الإمام أحمد (٣٤٥/٤) وقال السيوطي في الجامع الصغير: حسن. (فيض القدير ٢/٣٢٦)

(٣) مختار الصحاح ص ٧٢٤، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٥/٢٧٤.

(٤) التصريفات للبرجاني ٣٢٠.

(٥) الفروق في اللغة للعسكري ص ١٢٠.

(١) سنن الترمذي ٣/٤٨٠.

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٦٥-٩٦٦.

١- قوله تعالى ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ﴾ [البينة: ٥] فهي من الأدلة الدالة على وجوب النية في العبادات، لأن الإخلاص من عمل القلب^(١). والإخلاص لا يتحقق إلا بالقصد والنية^(٢).

٢- وقوله تعالى: ﴿وَأَنَّهُ يَلْعَنُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمَصْلِحِ﴾ [البقرة: ٢٢٠] فهي تدل على اعتبار القصد والنوايا، وهي أصل لهذه القاعدة كما قال السيوطي: «الآية... أصل لقاعدة: «الأمر بمقاصدها» قرب أمر مباح أو مطلوب لمقصد ممنوع باعتبار مقصد آخر»^(٣).

٣- ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه»^(٤). فقد اعتبر السيوطي هذا الحديث أصلاً لهذه القاعدة^(٥). وهو يعد عمدة الأحاديث التي وردت في النية. وهو يدل على اعتبار النية في الأعمال جميعها، فقد نقل ابن رجب عن الطبري وغيره أن المراد عموم الأعمال لا يختص منها شيء. وقال الإمام أحمد: «أحب لكل من عمل عملاً من صلاة أو صيام أو صدقة أو نوع من أنواع البر أن تكون النية مقدمة في ذلك قبل الفعل»^(٦).

٤- وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال ﷺ: «يبعث الناس على نياتهم»^(٧) وفي رواية

عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ: «يبعثون على نياتهم»^(٨).

٥- عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال: «إنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت عليها حتى ما تجعل في فم امرأتك»^(٩).

٦- وقد أجمع العلماء على اعتبار النية في الأعمال من صلاة وصيام وصدقة وغير ذلك^(١٠). وقال ابن القيم: «النية روح العمل ولبه وقوامه، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها، والنية ﷻ قال كلمتين كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم وهما قوله: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى». فبين في الجملة الأولى أن العمل لا يقع إلا بالنية ولهذا لا يكون عمل إلا بنية، ثم بين في الجملة الثانية أن العامل ليس له من مله إلا ما نواه. وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال»^(١١).
٧- ومن الأدلة العقلية التي يستدل بها على اعتبار النية في الأعمال:

أ- أن الشارع لم يعتد بأفعال من انتفى قصده: كالمجنون والمعتوه والمخطيء، والناسي وغيره. ويلزم من ذلك اعتبار قصد ما يقابله ممن تحقق قصده. لأن تصرفات المكلفين لا تخرج عن إحدى حالتين: الاعتبار أو عدمه^(١٢).

ب- لأن أفعال العقلاء الاختيارية لا تصدر إلا عن قصد وإرادة، فلو كلفوا أن يعملوا عملاً بغير قصد وإرادة لكان تكليفاً بما لا يطاق.

ثالثاً: الشبهات التي ترد على قاعدة: «الأمر بمقاصدها».

توجد عدة شبهات ترد على هذه القاعدة ساكتفي بذكر شبهتين منها:

١- إن هذه القاعدة لم تنب على كليتها بسبب وجود كثير من الأحاديث التي تجيز النية في العبادة مثل حديث: «من مات وعليه صوم صام عنه

(١) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٤١)، ٢٠/١.

(٢) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي ص ٢٩.

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ١١١/٣.

(٤) قاعدة: «الأمر بمقاصدها» لبأ حسين ص ٨٣.

(٥) انظر: شرح الكوكب المنير للفتوح ٣٩٣، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٢/١٨.

(١) فتح القدير للشوكاني ٤٧٦/٥.

(٢) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ٢٢٦.

(٣) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ٢٢٦.

(٤) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب (١)، ٢٠/١.

(٥) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٨.

(٦) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٧ وانظر: شرح حديث: «إنما الأعمال بالنيات» لابن تيمية، ص ١١.

(٧) صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب (٦)، ٢٢٧/٢.

وله^(١) وحديث الختمية: «إن أبي أدركته فريضة الله في الحج شيخاً كبيراً، لا يستطيع أن يقوي على ظهر بعيره. فقال: «حجني عنه»^(٢) فمقتضى القاعدة امتناع النيابة في العبادات؛ لأن العبادة المطلوبة من المكلف بها شرعاً حصلت بدون نيته، بل نواها غيره.

ويجاء عن هذه الشبهة بأن خروج بعض الجزئيات التي تدخل في القاعدة عن أن يتناولها حكم القاعدة أمر مقبول - كما بينا سابقاً - وبخاصة إذا كانت تلك الجزئيات تستند إلى السنة النبوية، فيعمل بالقاعدة في غير تلك الجزئيات، ويعمل بالجزئيات بحسب ما ورد في السنة؛ لأن السنة أصل قائم بنفسه يعمل به في دائرته^(٣). وهذا لا يقلح في كلية القاعدة، لأننا لو اعتبرناه قادحاً لاستعصى علينا قبول كثير من المعاني الكلية ولهذا فإن استثناء السنة النيابة في العبادات من القاعدة على سبيل الترخص لتلافي ما فات المكلف من التقصير^(٤) لا يمنع من كون قاعدة: «الأمر بمقاصدها» كلية.

٢- إن هذه القاعدة لم تبق على كليتها بسبب وجود بعض الأحاديث التي ترتب بعض الأحكام على أعمال غير مقصودة: كنصرفات الهازل بالنسبة للنكاح والطلاق والرجعة لحديث: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»^(٥).

ويجاء عن هذه الشبهة بما ذكرنا سابقاً في الرد على الشبهة الأولى.

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الأمر بمقاصدها».

بيننا سابقاً أن القاعدة قضية تركيبية تتكون من ثلاثة عناصر وهي: المحكوم عليه وهو موضوع القضية، والمحكوم به وهو الحكم أو المحمول، وإدراك وقوع النسبة الحكمية. وبناء على ذلك فإن قاعدة: «الأمر بمقاصدها» تتكون من العناصر الثلاثة السابقة وهي:

الأمر، واعتبار النية فيها، ومناط الحكم. لكن لما كانت الأمور لا يتصور وقوعها من غير فاعل أو قاصد، كما أنه لا بد من معرفة قصد الشارع لمراعاته، فلا بد من إضافة عنصرين وهما: القاصد أو الناي، ومقصود الحكم. وبناء عليه فإن عناصر هذه القاعدة خمسة وهي:

الأول: الأمر.

والثاني: الحكم وهو اعتبار النية في الأمر.

والثالث: مناط الحكم وهو النية أو القصد.

والرابع: الناي أو القاصد.

والخامس: مقصود الحكم في القاعدة.

ولتحقق الحكم وإلحاق الجزئيات بهذه القاعدة لا بد أن تتوفر الشروط اللازمة في كل عنصر من هذه العناصر.

أولاً: الأمر:

بيننا سابقاً معنى الأمر، وهي تشمل الأقوال والأفعال الصادرة عن المكلف، وهي التي تسمى بالتصرفات الواقعة منه، وهي شاملة للعبادات من طهارة وصلاة، وزكاة وصيام وحج وتضحية، ونذر. كما تشمل المعاملات من بيع وإجارة وهبة وجعالة، وقبول هبة أو هدية، ووقف عين على طلبه العلم. كما تشمل الأحوال الشخصية من زواج وتطليق، ورجعة، وإيلاء وطهار. كما تشمل الجنائيات من قتل وسرقة وقذف وزنى وغير ذلك^(١).

وليس المراد من هذه الأمور ذاتها، وإنما المراد أحكامها وحقيقتها أو تكليفها: كالصحة أو الفساد، والطاعة أو المعصية، والثواب أو العقاب، والوجوب أو الندب، والحرام أو الكراهة وغير ذلك من الأحكام أو اعتبار التصرف ببعاً أو إجارة أو شركة أو قرصاً أو وعداً أو غير ذلك من التكييفات التي تبني على قصد المتصرف.

(١) الأبناء والنظائر للسيوطي ص ١٠، وإيضاح القواعد الفقهية لعبد الله المحجي ص ١٠

(١) سنن أبي داود، كتاب الصوم، باب (٤١)، ٣١٥/٢.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الحج، باب (١)، ١٤٠/٢.

(٣) الوجيز في أصول الفقه لعبد الكريم زيدان ص ١٤٧.

(٤) قاعدة: «الأمر بمقاصدها» لبأ حسين ص ١٥٥.

(٥) سنن أبي داود، كتاب الطلاق، ٢٥٩/٢.

فتأثير النية في العبادات واضح لا يحتاج إلى بيان؛ لأن القربات كلها مبناه على النيات، ولا يكون الفعل عبادة إلا بالنية. ومن الأمثلة على ذلك لو دفع شخص إلى الماء، فوقع فيه وابتل بجميع جسمه، ولم ينو الغسل الذي يبيح الصلاة لم يكن طاهراً.

وأما اعتبار النية في المعاملات فاستشكله بعض العلماء، فقالوا: ما لا يفترق إلى نية: كالعادات من الأكل والشرب واللبس وغيرها أو مثل ردّ الأمانات والمضمونات: كالودائع والنصوب فلا يحتاج شيء من ذلك إلى نية^(١). وفيما يلي بيان لمدى تأثير المعاملات بالنيات.

القول الأول: ذهب الحنفية^(٢) والشافعية والظاهرية^(٣) إلى عدم تأثير المعاملات بالنيات والدوافع؛ ما لم تظهر في العقود. قال الشافعي: «أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر وأكره لهما النية، إذا كانت النية لو ظهرت كانت تفسد البيع»^(٤) لأن النية ما حدثوا به أنفسهم. كما أن المرء قد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويقعله^(٥). واستدل الشافعي لما ذهب إليه بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْكَافِرِينَ فِي الْعَذَابِ الْأَلَسَّكَ مِنَ النَّارِ وَلَنْ يَجِدَ لَهُمْ قَصِيراً﴾ [النساء: ١٤٥] فقد أخبر بأن المنافقين في الدرك الأسفل من النار ومع هذا أمر الله رسوله بأن يعاملهم على ما أظهروا من إسلام ما على ما أبطأوا من كفر^(٦).

٢- وقال ﷺ: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له شيء من حق أخيه

فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»^(١). فهو يدل على أن الحكم على الناس إنما يجيء على نحو ما يسمع الحاكم (القاضي) منهم مما لفظوا به، وإن كان يمكن أن تكون نياتهم وبواطنهم على التصرف غير ذلك. ودلالة أخرى في الحديث أنه لا يحل لحاكم أن يحكم على أحد إلا بما لفظ، لا يقضي عليه شيء بما غيب الله تعالى عنه أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة^(٢).

٣- ولأن في اعتبار النية في العقود حكماً بخلاف الظاهر، وإدعاء للغيب الذي استأثر الله بعلمه^(٣).

القول الثاني: ذهب المالكية^(٤) والحنابلة^(٥) إلى تأثير المعاملات بالنيات والدوافع، بل ينظر إلى القصد والباعث والغرض المستتر وراء إنشاء التصرف والعقد. قال ابن القيم: «إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها... وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في القربات والعبادات. فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً وطاعة أو معصية كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة»^(٦) واستدلوا لذلك بأدلة كثيرة من القرآن والسنة؛ حتى قال ابن القيم: «ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر»^(٧) واستأثرتي بذكر بعض هذه الأدلة:

(١) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢٧)، ١٦٢/٣.

(٢) الأم للشافعي ٢٠٢/٦، وانظر: أثر القصد في العقود لزبدان ص ٢٥٥.

(٣) أثر القصد في العقود لزبدان ص ٢٥٤.

(٤) المدونة للإمام مالك ١٧١/٢، بداية المجتهد لابن رشد ١١٧/٢.

(٥) كشاف القناع ٢٥١/٣.

(٦) أعلام الموقعين لابن القيم ٩٥-٩٦.

(٧) المرجع السابق، وانظر: بيان الدليل في إبطال التحليل لابن تيمية ص ٥، والحيل للبحيري ص ١٢٣.

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٧.

(٢) الهداية وفقه القدير ١٥٠/٢.

(٣) المحلى لابن حزم ٥٢١/١١.

(٤) الأم للشافعي ٦٥/٣.

(٥) المرجع السابق.

(٦) الأم للشافعي ٧١/٥، وانظر: أثر القصد في العقود لزبدان ضمن مجموعة بحوث فقهية ص ٢٥٤.

١- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ إِلَىٰ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ مِمَّا عَقِلَ اللَّهُ فِي أَزْوَاجِهِنَّ بِمَا كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَهُنَّ عَلَىٰ مَا طَلَّقْنَهُنَّ أَنْ أُرْدُوا إِلَيْهِنَّ وَأَكُنَّ مِنَ الَّذِينَ عَمِلُوا فِي الْأَعْيَادِ الَّذِينَ عَلَيْهِمُ الْحَيْثُومُ وَاللَّيْلُ عَلَىٰ رِجَالٍ عَلَيْهِمْ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾... إلى قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَنْتُمْ أَمْوَالَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرِفَةٍ أَوْ سَخُوهُنَّ بِمَعْرِفَةٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ عِتْرَابًا لِّعِنْدُوا وَنَّ يَفْعَلَ ذَلِكَ فَعَلَ ظَلَمَ أَنْفُسَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨-٢٣١]. فالآيات تدل على أن الرجعة إنما ملكها الله لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار^(١).

٢- قوله تعالى: ﴿يُؤْمِنُكَ اللَّهُ فِي أَوْلَادِهِمْ لِلَّذِي مَلَكَ مِنْ حَظِّ الْأُنثَىٰ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يَوْسَىٰ بِمَا أَوْ دَيْنَ عَيْرٍ مُّصَافٍ وَصِيَّتِهِ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلَيْهِمْ حَكِيمٌ﴾ [النساء: ١١-١٢] أي غير مدخل الضرر على الورثة كان يوصى بوصية بقصد إلحاق الضرر بالورثة أو يقر بدين عليه بقصد إضرار الورثة^(٢).

٣- قوله ﷺ: «البيع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله»^(٣). فالحديث يدل على خيار المجلس، فإذا عمد أحدهما إلى مفارقة صاحبه قاصداً لإسقاط حقه في هذا الخيار كان مضاداً للشارع في تشريعه وساعياً في مضارة أخيه المسلم فلا يحل له فعل ذلك. مع أن ظاهرها المفارقة لقضاء مصالحه، لكن باطنها المضارة فرتب الشارع المنع على الباطن.

٤- وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى رسول الله ﷺ عن النجش»^(٤) فالحديث ينهى عن النجش مع أن ظاهر النجش الرغبة في الشراء والصدق في مدح السلعة، لكن باطنه الإضرار بالمشتري بزيادة الثمن عليه فرتب الشارع التحريم على الباطن المقصود لا على الظاهر فدل على أن العقود بمعانيها وحققاتها.

٥- وقوله ﷺ: «لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر»^(٥) فالنصرة حبس اللبن في صرع الشاة حتى يمتلأ باللبن وتبدو أنها ذات لبن، فيرغب المشتري فيها. فظاهر هذا التصرف أن حبس اللبن جائز ما لم يضر بالحيوان. لكن باطنه الكذب والخديعة والتغريب بالمشتري وأكل أموال الناس بالباطل، فدل على أن العقود بمقاصدها وبواطنها لا بظواهرها وصورها.

٦- عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا ضنَّ الناس بالدينار والدرهم، وتبايعوا بالعينة واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل بهم بلاء، فلا يرفعوه حتى يرجعوا دينهم»^(٦). فالحديث يدل على عدم جواز شراء سلعة بثمن مؤجل بزيادة عن سعر اليوم الذي اشترى فيه بقصد بيعه إلى البائع بثمن حال؛ لأنه يؤول إلى الربا المنهي عنه. فالعبرة في المعاملات للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

٧- كما استدلووا بقاعدة: «سد الذرائع» فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضاؤها إلى غاياتها وارتباطها بها. ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضاؤها إلى غايتها. فوسيلة المقصود تابعة للمقصد وكلاهما مقصود. لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تقضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ومنعاً أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراء للنفس به. وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك. فإن أحدهم إذا منع جنده من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً ولحصول من رعيته وجنده ضد مقصوده. كذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه. وإلا فسد عليهم ما يرمون إصلاحه^(٧).

(١) أعلام الموقعين ٩٦/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨٠/٥.

(٣) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٤٤)، ١٧/٣.

(٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٦٠)، ٢٤/٣.

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٦٤)، ٢٥/٣.

(٢) مسند الإمام أحمد ٨٤/٢، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب (٥٤) ٢٧٤/٣.

(٣) أعلام الموقعين لابن القيم ١٣٥/٣.

٨- ولأن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بل جرت على غير قصد منه: كالتائم والناسي والسكران والجاهل والمكره... إلخ^(١).

والراجع ما ذهب إليه المالكية والحنابلة من أن الأمور شاملة للعبادات والمعاملات بما فيها البيع والإجارة والزواج والطلاق والإرث وغير ذلك. وأما ما استدل به أصحاب القول الأول فيمكن الإجابة عنها بإجابة واحدة وهي: أن معرفة مقاصد المكلفين لا يتوقف على عباراتهم وألفاظهم وإنما تعرف بدلالة الحال والقرائن المقبولة، فإذا انكشفت تلك المقاصد عن أي طريق مقبول عمل بها وبنى الحكم عليها ويؤيد ذلك أن الرسول ﷺ: «استعمل رجلاً على صدقات بني سليم يدعى ابن اللثبية، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إليّ فقام النبي ﷺ على المنبر فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال ما بال العامل نبهته فيأتي فيقول: هذا لكم وهذا لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيعهدي له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمله على رقبتة...»^(٢). فهو يدل على اعتبار دلالة الحال على القصد والباعث، فالإهداء إلى الجاني كان بقصد المحاباة لهم والتخفيف عنهم في الواجبات.

شروط الأمور:

تشرط في الأمور التي تصدر من المكلف عدة شروط وهي:

١- أن يكون الأمر معلوماً معيناً، فيحده المكلف ويعرف حقيقته وحكمه الشرعي؛ لأن من لا يعرف الشيء لا يصح أن يقصده أو ينويه، كما لا يصح للمكلف أن ينوي أمراً مبهماً. قال البغوي: «فمن جهل فرضية الوضوء أو الصلاة لم يصح منه فعلها». ومن فروع هذا الشرط ما لو نطق بكلمة الطلاق بلغة لا يعرفها فلا يقع بها الطلاق^(٣).

(١) المرجع السابق.

(٢) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص ٥.

(٣) انظر: الأمية في إدراك النية للقرافي ص ٤٠، والذخيرة للقرافي ٢٤١/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٠، المنثور في الفوائد للزركشي ٢٩١/٣.

٢- أن يكون الأمر مقدوراً على فعله عقلاً أو شريعاً أو عادة، فلا يصح أن ينوي فعل غير المقدور عليه عقلاً: كأن ينوي أن يصلي بوضوئه أن يصلي صلاة ما، وأن لا يصليها لما فيه من التناقض، ولا يصح أن ينوي غير المقدور عليه شريعاً: كأن ينوي بوضوئه الصلاة في مكان نجس. ولا يصح أن ينوي غير المقدور عليه عادة كأن ينوي بوضوئه صلاة العيد، وهو في أول السنة^(١). وذلك لأن الله تعالى لم يكلفنا إلا بما يدخل في مقدورنا ويمكن لنا تحصيله، وكل عمل لا طاقة للبشر على تحصيله لا يتعلق به تكليف فلا يكون مطلوباً ولا يصح أن يتعلق به أمر أو نهي؛ لأن المقصود من التكليف الامتثال، وهو غير متصور فيما لا يطاق من الأفعال.

٣- أن يكون الأمر مكتسباً اكتساباً شخصياً وبخاصة في التكاليف المخصصة بالشخص فلا يصح أن ينوي صلاة عن غيره. والعلة في ذلك أنها مخصصة وتخصيص غير المفعول المكتسب للمخصص محال، ولذلك امتنع نية الإنسان لفعل غيره لأنه غير مكتسب له^(٢). أما في غير الصلاة من حج أو زكاة أو صيام فيجوز الفعل عن الغير وكذلك بالنسبة للمعاملات تصح الوكالة عن الغير.

ثانياً: الحكم: اعتبار النية في الأمور.

إن هذا الحكم تجريدي لا يتعلق بشخص معين ولا بتصرف بعينه، وإنما يتعلق بموضوع القاعدة، فتندرج تحته الفروع التي توافر فيها شروط الحكم الكلي للقاعدة. ومن هذه الشروط:

١- أن يكون الحكم ثابتاً بطريق شرعي كالقرآن والسنة وآثار السلف والإجماع والقياس وغير ذلك مما ذكرناه في مصادر القاعدة الفقهية، فلا يجوز اعتبار ذلك حكماً شرعياً إذا ثبت بغير هذا الطريق. يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: «فمن بنى الكلام في علم الأصول والفروع على الكتاب والسنة والآثار المأثورة عن السابقين فقد أصاب طريق

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٠.

(٢) الذخيرة للقرافي ٢٤١/١.

النبوة^(١) ولهذا انقد قاعدة: «الأصل في الأرواث النجاسة» التي قررها الفقهاء لأنها لا تستند إلى نص شرعي، ولو كانت نجسة لبين حكمها النبي ﷺ ولم يبينه فليست نجسة، وذلك لأن هذه الأعيان تكثر ملابسة الناس لها ومباشرتهم لكثير منها خصوصاً الأمة التي بعث فيها رسول الله ﷺ فإن الإبل والغنم غالب أموالهم^(٢).

٢- أن يكون الحكم الكلي للقاعدة ثابتاً مستقراً غير منسوخ بنص شرعي، لأن نسخ الحكم دلالة من الشارع على عدم اعتباره، وإلغائه وإذا أبطله الشارع وألغى علته فلا يصلح لإلحاق الجزئيات به^(٣).

٣- أن لا يكون حكم القاعدة معارضا لنص قطعي في الكتاب والسنة أو للأصول الصحيحة المستندة إلى الكتاب والسنة. ومن الأمثلة على ذلك أن قاعدة: «الأصل فساد الشروط» معارضة للأصل العام «الأصل جواز الشروط» المستند إلى الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستصحاب^(٤). فيقدم الأصل العام على حكم قاعدة «فساد الشروط».

ومما لا شك فيه أن هذه الشروط متحققة في حكم القاعدة الكلي، وهو اعتبار النية في الأمور فهو ثابت بطريق شرعي، ومستقر، وغير معارض لنص قطعي أو أصل عام.

ثالثاً: النية أو القصد (مناط الحكم في القاعدة).

المناط في اللغة: موضع النوط وهو التعلق والإلصاق من ناظ الشيء بالشيء إذا ألصقه وعلقه^(٥). وفي الاصطلاح: «ما أوجب معلولة في حال وجوده للعللة^(٦)» فهو

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٦٣/١٠.

(٢) انظر تفصيل الرد على هذه القاعدة في مجموع الفتاوى ٥٤٣/٢١، ٥٨٧، والقواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية لليمان ص ١٣٥.

(٣) شروط الأصل وحكمه وشروط الفرع لحنان قديمت ص ٥٨.

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية ص ٢٠٦.

(٥) الكليات للكفوي ٣٠٥/٤.

(٦) الحدود للفتاوي ص ١٣.

المعنى الذي يربط بين موضوع القاعدة وحكمها. كما يطلق على علة حكم النص التشريعي الجزئي. لأن الأحكام منوطة بالمعاني والأوصاف دون الأسماء والأشكال. ومعرفة مناط القاعدة ضرورية للتمكن من إلحاق الفروع بالقاعدة. فإذا قلنا مناط قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا عَلَى النَّفْسِ وَالْمَلِكِ﴾ [المائدة: ٢٠] عدم جواز الإعانة على المعصية، فلا تجوز الإجارة على حمل الخمر. فلا بدّ للفقيه في تخريج الفروع على القواعد الفقهية من تحقيق المناط وهو التحقق من وجود المعنى الذي يربط بين الموضوع والحكم الكلي في الفرع. كما أنه لا بدّ له من مراعاة المآلات، فينظر في الظروف المحققة بالفرع مما لم يتعرض لها القاعدة، فبراعي تلك الظروف وما يترتب عليها من نتائج عند تخريج الحكم أو إنزال حكم القاعدة على الفرع؛ لأن تلك النتائج تصبح دليلاً خاصاً بالفرع عند تقرير الحكم الشرعي. ومما يعين على معرفة المآلات والنتائج إدراك المقاصد والنيات أو بواعث الفعل؛ لأن أكثر المآلات أصلها بواعث. يقول الشاطبي: «تحقيق المناط الخاص نظر في كل مكلف بالنسبة لما وقع عليه من الدلائل التكليفية بحيث يتعرف منه مداخل الشيطان ومداخل الهوى والحفظ العاجلة، حتى يلقبها هذا المجتهد على ذلك المكلف مقيدة بقيود التحرر من تلك المداخل... فصاحب التحقيق الخاص هو الذي رزق نوراً يعرف بها النفوس ومراميها وتفاوت إدراكها وقوة تحملها للتكاليف وصبرها على حمل أعبائها أو ضعفها، ويعرف التفاتها إلى الحفظ العاجلة أو عدم التفاتها فهو يحمل على كل نفس من أحكام النصوص ما يلين بها. بناء على أن ذلك هو المقصود الشرعي في تلقي التكاليف^(١). ومن الأمثلة على مراعاة المآلات المترتبة على المقاصد والنيات قول الرسول ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «لولا أن قومك حديثو عهد بشرك لهدمت الكعبة وينيتها على قواعد إبراهيم^(٢)».

(١) المواقفات للشاطبي ٩٨/٤.

(٢) سنن الترمذي، كتاب الحج، باب (٤٧)، (٢٢٥/٣) وقال: حسن صحيح.

فالتية أمر باطني محلها القلب، ولا تعلق لها باللسان، وعلل بعضهم بأن التية عبارة عن القصد ومحل القصد القلب^(١). ولهذا يشترط لاعتبار التية في التصرفات عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن تكون التية معلومة.

إن مقاصد المكلفين من تصرفاتهم المتعلقة بالعبادات والمعاملات معلومة لله تعالى وبحساب العبد عليها. قال تعالى: ﴿قُلْ إِنْ تَحْفَظُوا مَا فِي صُدُورِكُمْ أَوْ تُبْشِرُوا بِمَا يُؤْتِي اللَّهُ مِنْ غَيْرِ مِمَّا فِي السَّمَكِينِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [آل عمران: ٢٩٩]. وقال تعالى: ﴿يَلَلَهُ مَا فِي السَّمَكِينِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِنْ تُبْشِرُوا مَا فِي أُنْشُوبِكُمْ أَوْ تُنْذِرُوا بِمَا يُؤْتِي اللَّهُ مِنْ غَيْرِ مِمَّا فِي السَّمَكِينِ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٨٤].

وأما العباد فلا يعلمون مقاصد بعضهم إلا إذا انكشف لهم بإحدى الطرق ومن ذلك:

أ- أن يقر القاصد عن نيته ويوبح بها.

ب- أن تدل القرائن على نية الشخص وقصده. ومن هذه القرائن:

القرينة الأولى: انتفاء المصلحة المشروعة من الفعل مع لزوم المضرة بالآخرين. ومن أمثلة ذلك. أن الضحاك بن خليفة أراد يسوق قنات من الماء عبر أرض محمد بن مسلمة ليسيقي أرضه، فأبى محمد أن يسمح للضحاك بذلك. فقال الضحاك: لَمْ تَمْنَعْنِي وَهوَ لَكَ مُنْفَعَةٌ تَشْرَبُ بِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا وَلَا يَضُرُّكَ، فَأَبَى مُحَمَّدٌ فَشَكَاهُ الضُّحَاكُ إِلَى عَمْرِ، فَأَمَرَ عَمْرُ بِسُقُوقِ الْمَاءِ، وَقَالَ لِمُحَمَّدٍ: «وَاللَّهِ لَيَمُرَّنَّ بِهِ وَلَوْ عَلَى بَطْنِكَ»^(٢). فلا وجه لتفسير ذلك التصرف من محمد بن مسلمة إلا قصد الإضرار بالضحاك. فانتفاء المصلحة قرينة قوية على القصد غير المشروع^(٣).

القرينة الثانية: أن يكون في تحصيل الفعل مصلحة لمن صدر عنه، لكن يترتب عليه ضرر بالآخرين، وقد أمكن تحصيل تلك المصلحة من جهة أخرى لا يلزم عنها الضرر بالآخرين، فيصر الفاعل على الفعل الضار بالآخرين، فيعتبر عمله في هذه الصورة متمحضاً لقصد الإضرار^(٤).

٢- الشرط الثاني: أن لا تكون التية معارضة (مناقضة) لمقصد الشارع.

مقاصد الشريعة هي المصالح التي تعود إلى العباد في دنياهم وآخراهم سواء أكان تحصيلها عن طريق جلب المنافع أم عن طريق دفع المفاسد^(٥). وبعبارة أخرى هي الأهداف الكبرى التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها من إزال الشريعة وتقريرها. ولكي يكون قصد المكلف مشروعاً لا بد من الانسجام التام بينه وبين مقاصد الشريعة. قال الشاطبي: «قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع. والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وأن لا يقصد خلاف ما قصد الشارع...»^(٦) فلا يكتفى أن يكون ظاهر الفعل مشروعاً لوصف التصرف بالمشروعية، بل لا بد أن يكون قصده موافقاً لمقاصد الشريعة.

٣- الشرط الثالث: الجزم في التية.

يشترط في التية أن تكون جازمة لا تردد فيها ولا شك، ولا تفكير في قطع التصرف، وإنما ينبغي أن تنج الإرادة إلى فعل التصرف والاستمرار فيه وعدم الشك فيه^(٧). كمن نوى أن يصوم ليلة الثلاثين من رمضان إن كان من رمضان وإلا فلا. أو دفع عشرة دنائير لتقير ونوى الزكاة أو صدقة التطوع. وقد يغتفر الشك أو التردد في موضعين وهما:

أ- أن يستند التعليق إلى أمر مستصحب^(٨) أو أصل عملاً بقاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

(١) الموافقات للشاطبي ٣٤٩/٢.

(٢) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ليويسف العالم ص ٧٩.

(٣) الموافقات للشاطبي ٣٣١/٢.

(٤) المنى لابن قدامة ٩٤/٣.

(٥) المثر في القواعد للزركشي ٣، ص ٢٩٢-٢٩٣.

(١) المغني لابن قدامة ١١١/١.

(٢) موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك ١٢٢/٢.

(٣) نظرية الباع وأثرها في العقود للكلاني ص ٩٤-٩٥.

ب- أن يكون التردد في موضع الضرورة: كمن وجد بللاً في ثوبه فشك هل هو مني أو مني فيغتسل احتياطاً^(١).

٤- الشرط الرابع: عدم التشريك في النية.

التشريك في النية اختلاط نيتين فصاعداً في تصرف من التصرفات الصادرة من الإنسان: كأن يصوم ستة من شوال وينوي بها القضاء والتطوع. أو أن يصلي أربع ركعات، وينوي بها قضاء فاتئة وفريضة الوقت الحاضر. أو أن يصلي صلاة يقصد بها وجه الله وثناء الناس ومدحهم. فالتشريك في النية له معنى عام يشمل إشراك غير الله تعالى في العبادة، وأن يقصد بالعمل الواحد قربتين.

الأصل العام في هذه المسألة عدم جواز التشريك في النية؛ لأن العبادة الواحدة لا يمكن أن تنفي عن عبادتين والتصرف الواحد، لا يغني عن تصرفين. ويندرج تحت هذا الأصل أن ينوي مع العبادة لله تعالى التقرب إلى غيره مما هو ليس بعبادة: مثل أن يذبح أضحية لله ولغيره، فلا يجوز ذلك، وتكون الذبيحة محرمة الأكل^(٢)، وكذلك إذا كبر المسبوق والإمام في حالة الركوع تكبيرة واحدة وقصد بها تكبيرة الإحرام وتكبيرة الركوع لم تصح صلاته.

وكذلك إذا صلى الظهر ونوى بها صلاة الظهر والعصر لم تصح صلاته. لأن النية هنا تتعلق بالمقاصد لا بالوسائل^(٣)، وكل عبادة مستقلة عن الأخرى تحتاج إلى نية خاصة.

ويستثنى من هذا الأصل عدة حالات يجوز فيها التشريك منها:

أ- يجوز التشريك في النية إذا كان يتعلق بالوسائل: كمن نوى مع الصوم لله تعالى الحمية والتداوي فهي من الوسائل، وهي تحقق مقصد الشارع من الصوم فلا بأس بذلك. وكذلك إذا نوى مع غسل رفع الجنابة غسل الجمعة أو العيد أو مع صوم يوم

(١) المرجع السابق.

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٢٠، الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٤٠.

(٣) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٤٠.

عرفة صوم يوم الاثنين. أو نوى مع سنة الظهر تحية المسجد أو غير ذلك^(١).

ب- يجوز التشريك في النية إذا نوى عبادة مفروضة وعبادة أخرى مندوبة عند الجمهور خلافاً لابن حزم الذي يرى بطلان العبادتين^(٢). واختلف القائلون بالجواز في تحديد العبادة التي تقع بهذه النية على قولين:

القول الأول: تقع عن العبادة التطوعية دون الفرض: كمن نوى من إخراج مائة دينار الزكاة المفروضة وصدقة التطوع فإنها تقع عن صدقة التطوع عند الشافعية؛ لأنه متردد في نية الفرض، فتبطل وتقع عن النفل^(٣). واستثنوا من ذلك ما إذا نوى الحج والنفل فإنه يقع عن الفرض

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى أنها تقع عن الفرض لا عن النفل؛ لأن الفرض أقوى وأوجب من النفل^(٤).

والراجح ما ذهب إليه الحنفية من أنها تقع عن الفرض لا عن النفل؛ لأن إعمال المقاصد أولى من إهمالها. فإذا أمكن حملها على عبادة واجبة تحمل عليها.

ج- يجوز التشريك في النية فيما نصَّ الشارع على جوازه: كأن يجمع بين الحج والعمرة بنية واحدة عند إحرامه؛ لأن هذا هو الحكم الذي شرعه الله في هذه الحالة^(٥).

د- أجاز بعض الفقهاء لمن نوى غير العبادة أن يمزج نية أخرى: كمن نوى بقوله لزوجه: أنت على حرام الطلاق والظهار. فالأصح أنه يخبر بينهما، فما اختاره ثبت. وقيل: يثبت الطلاق لقوته. وقيل: الظهار لأن الأصل بقاء النكاح^(٦).

(١) المرجع السابق.

(٢) المحلى لابن حزم (١٧٤/٦) نقلاً عن مقاصد المكلفين للأشقر ص ٢٥٦.

(٣) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٢٠.

(٤) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٤١.

(٥) المحلى لابن حزم. نقلاً عن مقاصد المكلفين للأشقر ص ٢٥٦.

(٦) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٢١.

الأصل أنه ينبغي أن تكون النية مقارنة لأول العبادة من وضوء وصلاة وصيام وغير ذلك. فلا يصح تأخيرها عن بداية العبادات - في الجملة - قال ابن عابدين: «ولا عبرة بنية متأخرة؛ لأن الجزء الخالي عن النية لا يقع عبادة، فلا يبنى الباقي عليه. وفي الصوم جوزت للضرورة»^(١).

وأما تقديم النية فقد أجازته كثير من العلماء منهم الشافعي، حيث قال في تقديم نية الطهارة: «وإذا قدم النية مع أخذها في الوضوء أجزاء الوضوء، فإن قدمها قبل ثم عزبت عنه لم يجزه»^(٢). فهو يجوز تقديم النية بشرط أن لا تغيب عن باله. وذهب أبو حنيفة وأحمد إلى جواز تقديم نية الصلاة على تكبيرة الإحرام بوقت يسير^(٣) واستدلوا لذلك بما يلي:

أ- قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»^(٤) فتقديم النية على الفعل لا يخرج الفعل عن كونه منوياً، ولا يخرج الفاعل عن كونه عابداً مخلصاً. لله تعالى^(٥).

ب- واستدلوا بالقياس على جواز تقديم نية الصوم لرفع الحرج والمشقة عن الناس. وأجاز الشافعية والمالكية تقديم النية في الصوم والكفارة والزكاة والأضحية لرفع المشقة^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين ٣٠٦/١.

(٢) الأم للشافعي ٢٥٠/١.

(٣) حاشية ابن عابدين ٣٥٠/١، الإصحاح لابن هيرة ٨٨/١.

(٤) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب (١) ٢/١.

(٥) المغني لابن قدامة ٤٦٩/١، بدائع الصنائع للكاظمي ١٢٩/١.

(٦) المشور في القواعد للزرزكري ٢٩٣/٣، الكافي لابن عبد البر ١٩٩/١.

القاصد هو الشخص الذي تصدر عنه التصرفات المعتبرة بالنية. ويشترط في الشخص لاعتبار قصد الأهلية^(١)، فلا بد أن يكون أهلاً لأن تصدر عنه التصرفات والنيات. وقد قسم الأصوليون الأهلية إلى قسمين الأول: أهلية وجوب: وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. والثاني: أهلية أداء، وهي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً^(٢). وهذا القسم هو المراد هنا. وتتحقق أهلية الأداء بالتمييز. بأن يصح للشخص بصر عقلي يميز به بين الحسن والقبيح والخير والشر والنفع والضرر. وليس للتمييز سن معينة أو علامة طبيعية فقد يتقدم وقد يتأخر. ولكن الفقهاء قدروا سن التمييز بتمام السنة السابعة^(٣). وبناء على ذلك لا تصح نية غير المميز لعدم صحة العمل منه. ويلحق بغير المميز المجنون والسكران فلا تصح النية منهما.

وأما الإسلام فلا يعتبر شرطاً إلا في التصرفات الخاصة بالعبادات، فلا تصح نية العبادات من غير المسلم؛ لأن نية العبادة عبادة فلا تصح من الكافر^(٤). واستثنوا بعض الصور من ذلك للضرورة كصحیح غسل الكتانية المتزوجة من مسلم ليحل له وطؤها للضرورة وتصحيح نية الكفارة من غير المسلم لغلبة جانب الغرامة فيها على جانب العبادة. ولكون النية فيها للتمييز وليست للتقرب فكأن أشبه بالديون^(٥).

خامساً: المقصود من قاعدة «الأمر بمقاصدها»:

إن مقصود الحكم الكلي في قاعدة: «الأمر بمقاصدها» هو التمييز بين الأعمال الصادرة من الإنسان كما قال السيوطي: «المقصود الأهم منها (يقصد النية) تمييز العبادات من العادات وتمييز رتب العبادات بعضها من بعض: كالوضوء والغسل، فكل

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٦.

(٢) كشف الأسرار للزدي ٣٩٣/٤ - ٤١١.

(٣) رفع الحرج ليعقوب باحسين ص ١٧٨، قاعدة: «الأمر بمقاصدها لباحسين ص ٦٤.

(٤) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٥، الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٥٠.

(٥) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٥.

منهما يتردد بين التنظيف والتبرد والعبادة. وكل من الوضوء والغسل والصلاة والصوم ونحوها قد يكون فرضاً ونذراً ونقلاً. والتيمم قد يكون عن الحدث أو الجنابة وصورته واحدة فشرعت لتتميز رتب العبادات بعضها عن بعض^(١).

فالتمييز يشمل أمرين:

الأول: التمييز بين الأعمال المتشابهة في الصورة بتحديد وصفها الشرعي من فرض أو نفل أو عبادة أو عادة أو غير ذلك مما يحتمل الشيء وغيره.

والثاني: التمييز بين الأعمال لا بقصد تمييزها عما يشابهها في الصورة، وإنما من أجل تحديد الأهداف والغايات من العمل أو العبادة: كنية التقرب إلى الله تعالى من الصلاة ودفع ما يخالطها من البواعث الأخرى التي تخل بالمقصود من العبادة. ونية المقصد الأصلي من العقد ودفع ما يخالطها من البواعث الأخرى التي تخل بالمقصد الأصلي من العقد. ومن الأمثلة على ذلك أن المقصد الأصلي لعقد البيع هو نقل الملكية بعوض، والمقصد الأصلي لعقد الإجارة هو تملك المنفعة بعوض، والمقصد الأصلي للرهن هو احتباس مال لتوثيق استيفاء الدين. ولا تشترط نية المقصد الأصلي في المعاملات لأن الله تعالى ندبنا إلى تلك الأعمال لما فيها من المقاصد الأصلية، فإذا قام بها المكلف على وجهها الشرعي تحقق المقصد الشرعي منها. وإنما يشترط عدم نية مقاصد أخرى تؤدي إلى الإخلال بالمقصد الأصلي للعقد: كمن نوى عند عقد الزواج الإضرار بالمرأة وإيذاءها. أو نوى من البيع إلى أجل الحصول على مال بزيادة: كما في بيع العينة، فلا يصح هذا العقد. وكذلك من أدخل على المقصود الأصلي للعقد مقاصد أخرى تؤدي إلى الإخلال بالمقصد الأصلي كما في بيع الوفاء.

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة.

التطبيقات جمع تطبيق وهو مأخوذ من طبق، وهو يدل على وضع شيء مبسوط على مثله حتى يغطيه^(١). والمراد عند علماء القواعد الفقهية: «إخضاع المسائل والقضايا لقاعدة فقهية كلية»^(٢) فالنصرف الصادر من الإنسان يوصف بالحل أو الحرمة بناء على قصد فاعله. وكذلك يتكيف النصرف بإلحاقه بما يناسبه من التصرفات الشرعية المسماة بناء على قصد المكلف من النصرف الصادر عنه: كأن يوصف النصرف بالبيع أو الإجارة أو الرهن أو غير ذلك. وينبغي على طالب العلم الشرعي عند تطبيق الفروع الفقهية على القاعدة الكلية مراعاة مدى تحقق مناط الحكم في الجزئية، ومدى توفر عناصر القاعدة وشروطها وانتفاء الموانع فإذا توفر فيها كل ذلك كانت الجزئية ملحقه بالقاعدة وإلا تعتبر مستثناة. ولذا سيشتمل هذه المطلب على الفروع الملحقه بهذه القاعدة، وفيما يلي بيان لهذه الفروع.

١- ذهب المالكية والحنابلة في الرواية المشهورة عنهم إلى أن لمس الرجل للمرأة لا ينقض الوضوء إلا إذا كان بقصد الشهوة واللذة^(٣)، فالتية هي المعيار في انتقاض الوضوء باللمس.

٢- ذهب البندنجي من الشافعية إلى أن الحلي إذا انكسر، بحيث لا يمكن استعماله لإبصاغة وسبك لا تجب زكاته إن نوى إصلاحه، أما إن نوى جعله تبرأ أو دراهم أو كثرته، فتجب فيه الزكاة من يوم الانكسار^(٤). فالتية هي المعيار في تحديد وجوب الزكاة في الحلي المكسور الذي لا يصلح للاستعمال.

(١) المصباح المنير للفيومي ٥٠٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٢٩/٣.

(٢) بتصرف من المعجم الوسيط ٥٥٦/٢.

(٣) التاج والإكليل للمواق مطبوع على هامش مواهب الجليل ٢٩٦/١، المغني لابن قدامة ١٤١/١.

(٤) نهاية المحتاج للرمل ٩٠/٣، تحفة المحتاج للهيتمي ٢٧٤/٢، حاشية الجمل ٢٥٥/٢.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢، وانظر المجموع المنهوب في قواعد المذهب للعلائي ٢٦٠/١، المنثور في القواعد للزركشي ٢٨٥/٣، وشرح حديث: «إنما الأعمال بالنيات» لابن تيمية ص ١٦.

٣- ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى أن الملتقط إذا أشهد على اللقطة حين رفعها كانت أمانة، وإن لم يشهد كان الملتقط غاصباً^(١).

٤- ذهب الإمام مالك وأحمد في رواية إلى أنه لا يجوز للزوجة أن تتبرع بزيادة على ثلث مالها إلا بإذن زوجها^(٢). لأن التبرع في هذه الحالة يدل على قصد الإضرار بالورثة فلا يجوز. لكن إذا علم قصد الإضرار بالورثة منعت ولو كان أقل من الثلث، كما قال الإمام مالك. واختاره ابن حبيب من المالكية^(٣).

٥- ذهب الحنفية إلى أن المودع إذا استعمل الوديعة، ثم تركها بنية العود إلى استعمالها لا يبرأ من ضمانها لأن تعديده باق. أما إن تركها بنية عدم العود إلى استعمالها فبرأ من ضمانها. لكن لا يصدق في ذلك إلا ببينة تدل على نيته، لأنه أفز بموجب الضمان ثم ادعى البراءة منه. هذا إذا كان تعديده عليها بغير الحجر أو المنع، فإن كان بأحد هذين، فإنه لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك وإن أزال تعديده بالاعتراف بها^(٤).

٦- لو قال شخص لآخر: أبيعك سيارتي هذه بألف دينار. وقصد من فعل المضارع (أبيع) زمن الحال. وقال المشتري: قبلت. انعقد البيع. أما إذا قصد من المضارع زمن الاستقبال فلا يتعقد البيع؛ لأنه يكون وعداً بالبيع لا بيعاً^(٥). وذلك لأن لفظ المضارع يحتمل البيع والوعد بالبيع، فتحدد أحدهما يحتاج إلى نية.

٧- ذهب الحنفية إلى أنه لو كل شخص زيداً بشراء سلعة كفرس، فاشترى الوكيل فرساً. ففيه تفصيل: إن كان نوى شراءه للموكل أو أضاف العقد إلى دراهم الموكل يقع

الشراء للموكل. أما إذا نوى الشراء لنفسه أو أضاف العقد إلى دراهم نفسه؛ فيقع الشراء لنفسه. وكذا لو أضاف العقد إلى دراهم مطلقة، فإنه إذا نوى بها دراهم الموكل يقع الشراء للموكل، وإن نوى بها دراهم نفسه يقع لنفسه^(١).

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة

إذا كانت قاعدة: «الأمور بمقاصدها» تمثل قاعدة النية فإنه يتعلق بها عدد كبير من القواعد الفقهية. ذكر الشيخ صالح السدلان منها ثمانية عشرة قاعدة^(٢)، في حين أن الدكتور يعقوب الباحسين أوصلها إلى خمس وسبعين قاعدة^(٣). ويمكن تقسيم هذه القواعد إلى قسمين:

الأول: القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة الكبرى.

والثاني: القواعد التي تمثل قيوداً أو ضوابط للقاعدة الكبرى.

وفيما يلي ذكر وتوضيح لأهم القواعد في كل قسم.

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة: «الأمور بمقاصدها».

قال ابن السبكي: «قاعدة النية طويلة الذيل متسعة الأرجاء»^(٤) فهي تتضمن مواضيع واسعة وأبواب فقهية كثيرة، ينفرع عنها قواعد كلية تتعلق ببعض المواضيع والأبواب الفقهية، وسيكون حديثي عن تلك القواعد مختصراً بين علاقة القاعدة الفرعية بالقاعدة الكلية الكبرى، ومعناها وتطبيقاتها ومستثنياتها وفيما يلي بيان لأهم القواعد.

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص ١٨٩.

(٢) الشرح الصغير للرددير ٣/٣٨١، المغني لابن قدامة ٤/٥١٧.

(٣) الشرح الصغير ٤/٥١٧.

(٤) جامع الفصولين فصل (٣٣) ص ٤٤٥، نقلاً عن شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ٧.

(٥) شرح المجلة لمعير القاضي ١/٥٥.

(١) انظر الهداية للمرغيناني ٣/١٤١، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٦.

(٢) القواعد الفقهية الكبرى وما تنفرع عنها للسدلان ص ٥٢-٥٣.

(٣) قاعدة: «الأمور بمقاصدها» ليعقوب باحسين ص ١٧٧.

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٥٤.

١ - قاعدة في العبادات والقربات : «لا ثواب إلا بالنية» .

قاعدة: «لا ثواب إلا بالنية» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي . جعلها ابن نجيم من القواعد الكبرى وبدأ بها في الأشباه والنظائر^(١) . ولها تعلق بأبواب الفقه من طهارة وصلاة وزكاة وصوم وجهاد في سبيل الله وتولي القضاء وغير ذلك من القربات . وهي فرع عن قاعدة: «الأمور بمقاصدها» وتندرج تحتها، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها .

أ - معنى القاعدة .

الثواب لغة: مأخوذة من ثوب، وهو العود والرجوع والثواب من الأجر والجزاء امر يثاب إليه^(٢) . والثواب في الاصطلاح: «ما يستحق به الرحمة والمغفرة من الله تعالى والشفاعة من الرسول ﷺ»^(٣) .

والثواب نوعان: أخروي، وهو الأجر واستحقاق العقاب الدنيوي، وهو صحة العمل وفساده . وقد أريد بهذه القاعدة الثواب الأخروي بالإجماع، للإجماع على أنه لا ثواب ولا عقاب إلا بالنية . فانتفى الآخر أن يكون مراداً^(٤) . وقيل: يراد الأخروي والدنيوي فإذا وجدت النية الخالصة لله تعالى صح العمل وبرئت الذمة وحصل الثواب، وإذا فقدت النية أو اختلت فسد العمل وشغلت الذمة وكان العقاب . والأولى العموم؛ لأن القاعدة تنفي العموم .

وبناء على ما سبق يكون المعنى الإجمالي للقاعدة أن الثواب والعقاب في الدنيا والآخرة لا يتحققان في الأعمال والعبادات والقربات إلا بوجود النية، فإذا وجدت

وكانت خالصة لله تعالى صح العمل وحصل الثواب، وإذا فقدت النية أو اختلت فسد العمل وكان العقاب .

ب - تطبيقات القاعدة .

١- اتفاق المال بنية السمعة والرياء لا يثاب عليه^(١) .

٢- الوقف يصح ؛ ن نية، لكن ليس له ثواب إلا إذا نوى التقرب إلى الله تعالى^(٢) .

٣- ذبح الحيوان قد يكون للأكل فيكون مباحاً أو مندوباً، وقد يكون للأضحية فيكون عبادة، وقد يكون لقدم أمير حراماً أو كفوفاً على قول^(٣) .

٢- قاعدة في المعاملات: «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني» .

هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة: «الأمور بمقاصدها» لأن العقود من جملة الأمور التي تصدر عن الإنسان، وحيث إن الاعتبار في أحكام الأمور هو القصد والنية فكذلك الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها؛ لأن من لم يراع المقصود في العقود وجرى مع ظواهرها يلزمه أن يبيح ما حرم الله تعالى ويحرم ما أباح الله ويقع في التناقض . ولذلك قرر ابن القيم أن هذه القاعدة من القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية حيث قال: «وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات»^(٤) .

(١) القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة للسرحدان ص ٣٦ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٣ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم نقلاً عن الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمحمود حمزة ص ١٣ .

(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ٩٦/٣ .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠ .

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٣٩٣، المصباح المنير للفيومي ص ١٢٠ .

(٣) التعريفات للرجزاني ص ٩٩ .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٠ .

وفيما يلي بيان لمعنى هذه القاعدة وتطبيقاتها ومستثنائاتها.

أ- معنى القاعدة.

العقود جمع عقد. وهو في اللغة الربط والشد، يقال عقدت الحبل عقدا بمعنى جمعت طرفي الحبل وشددت أحدهما بالآخر^(١). والعقد في الاصطلاح: «ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله»^(٢). وذكر العقود في القاعدة لا يمنع غيرها من الدخول فيها: كالدعوي، وإنما ذكرت على سبيل التغليب. ويؤيد ذلك ما ذكره الكرخي في أصوله: «الأصل أنه يعتبر في الدعوي مقصود الخصمين في المنازعة دون الظاهر»^(٣).

وأما المعاني فهي جمع معنى، وهو الصورة الذهنية للفظ^(٤). وبعبارة أخرى: المقاصد الحقيقية التي يقصدها العاقدان من الألفاظ المستعملة في صيغة العقد. فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له ويقدد اللفظ به، ويرتب الحكم بناء عليه^(٥).

وأما الألفاظ فهي جمع لفظه، وهو ما نطق به اللسان من الكلام^(٦). وقد قسم ابن القيم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المكلفين ونياتهم إلى ثلاثة أقسام وهي^(٧):

الأول: أن يكون اللفظ مطابقاً للقصد ويعرف ذلك بالقرائن الحالية واللفظية وحال المتكلم به. فحينئذ يحمل اللفظ على ظاهره.

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٥٧٥.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، المادتان (١٠٣، ١٠٤)، المدخل الفقهي للزرقاء ٢٩١/١.

(٣) أصول الكرخي مطبوعة مع تأسيس النظر للدبوسي ص ١١٠.

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ٤٤٢.

(٥) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لزبدان ص ٩٢.

(٦) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ٣٩٣.

(٧) أعلام الموقعين لابن القيم ١٠٧/٣ - ١٠٨.

والقسم الثاني: ما يظهر أن المتكلم لم يرد معنى اللفظ الذي نطق به. ويعرف ذلك بالقرائن. وهو نوعان:

النوع الأول: أن لا يكون مريداً لمقتضاه ولا لغيره: كالمكره والتائم والمجنون ومن اشتد به الغضب والسكر. فلا يعتد بلفظه؛ لأنه لا يقصده.

والنوع الثاني: أن يكون مريداً لمعنى يخالفه: كالمرعوض والمورّي والملغز والمتاول، فيحمل على المعنى لا على الظاهر.

والقسم الثالث: ما هو ظاهر في معناه، لكن يحتمل إرادته المتكلم له ويحتمل إرادته غيره، ولا دلالة على واحد من الأمرين. وهذا القسم مما اختلف الفقهاء فيه. وقد بيناه فيما مضى ورجحنا اعتبار القصد والمعاني.

وبناء على ذلك يمكن تحديد المعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأحكام في المعاملات تبني على مقاصدها وأغراضها، لا على ظاهر ألفاظها المستعملة في صيغة العقد (الإيجاب والقبول)؛ لأن المقاصد هي حقائق المعاملات وقوامها، وإنما اعتبرت الألفاظ لدلالاتها على المقاصد، فإذا ظهر القصد كان الاعتبار له وبني الحكم عليه. ولكن لا يعني هذا إهمال الألفاظ بالكلية؛ لأن الألفاظ قوالب المعاني والمعبرة عنها، فتزاعى أولاً الألفاظ بما تحمل من معاني ظاهرة، فإذا ظهرت مقاصد تعارضها وتعذر الجمع بينها وبين الألفاظ فتقدم المقاصد على الألفاظ. وتعرف المقاصد من العبارات الملحقة بصيغة العقد أو من القرائن^(١).

ب- تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي اختلف الفقهاء فيها، ولذلك اختلفت تطبيقاتها كما قال السيوطي: «هل العبرة بصريح العقود أو بمعانيها؟ خلاف والترجيح مختلف في الفروع»^(٢) ومن هذه التطبيقات:

(١) يتصرف من شرح المجلة لمنير القاضي ٥٦/١، والمدخل للشريعة الإسلامية لزبدان ص ٩٢.

(٢) الأنشأه والنظائر للسيوطي ص ١٦٦، وإيضاح القواعد الفقهية لعبد الله اللحجي ص ٨٧.

١- بيع الوفاء الذي أجازه الحنفية للضرورة كـمخرج من الربا^(١) وحقيقة بيع الوفاء أن يبيع المدين سلعة للدائن بما عليه من دين بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع، فهذا البيع بهذا الشرط يؤول إلى أن السلعة تبقى في يد المشتري كوثيقة بالدين فإذا قضى المدين دينه رد المشتري السلعة، وفي فترة البيع له أن يستعملها فهذا هو الرهن حقيقة، لكن لا يجوز له استعمال عين الرهن فلا يصح بيع الوفاء. ومما يدل على أنه رهن أن المشتري لا يستطيع أن يبيع ما اشتراه فهو كالعين المرهونة.

٢- الهبة بشرط العوض (هبة الثواب) بأن قال شخص لآخر: وهبتك سيارتي هذه بخمسة آلاف دينار. فقال الآخر؛ قبلت، كان العقد بيعاً^(٢).

٣- إعاره النقود: بأن أعار الشخص آخر مائة دينار، تكون قرضاً مضموناً على المستعير، لاعارية أمانة بقرينة الحال؛ لأن النقود لا يتنفع بها إلا باستهلاك عينها^(٣). فالنقود ليست محللاً للعارية وإنما محلها المال غير القابل للاستهلاك، وهو الذي يتنفع به مع بقاء عينه. وكذلك تأجير النقود يعتبر قرضاً جزئياً منفعة فهو ربا وليس إجارة.

٤- الإعارة بشرط العوض: بأن قال شخص لآخر: أعرتك سيارتي لتركبها إلى القبعة بخمسين ديناراً يكون عقد إجارة؛ لأن الإعارة هي تملك منفعة بغير عوض^(٤).

ج- مستثنيات القاعدة :

١- البيع بنفي الثمن بأن قال شخص لآخر بعثك هذا المجلد بدون ثمن فالبيع باطل ولا يؤول إلى هبة، لأن الأمر فيه دار بين عقد محظور وهو البيع بلا ثمن، والهبة، وهي

عقد مباح فغلب الحاضر، بخلاف بقية فروع القاعدة فإنه قد دار الأمر فيها بين مباحين فاعتبر فيهما المقصد والمعنى.

٢- الإجارة بنفي الأجرة لا تنعقد عارية في قول عند الحنفية لما بينا سابقاً.

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «الأمور بمقاصدها».

١- قاعدة: «الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدنيوية»^(١)، فالتنية في الأمور الدنيوية تقيد باقترانها بالعمل.

أ- معنى القاعدة.

إن النية المجردة عن الفعل لا أثر لها في أحكام الدنيا: كمن نوى أن يعقد بيعاً مع فلان فلا يعد ذلك إيجاباً، لأن النية عمل قلبي باطني والأحكام الدنيوية من انعقاد بيع أو صحته أو فساده لاتبنى إلا على الأمور الظاهرة. أما الأمور الأخروية من ثواب وعقاب في الآخرة فتبنى على النيات الباطنة لقوله ﷺ: «إن الله كتب الحسنات والسيئات، فمن همّ بحسنة فلم يعملها كتب الله عنده حسنة كاملة، وإن هم بها فعملها كتبها الله عنده عشر حسنات إلى سبعمائة ضعف إلى أضعاف كثيرة. وإن هم بسيئة فلم يعملها كتبها الله عنده حسنة كاملة، وإن هم بها فعملها كتبها الله سيئة واحدة»^(٢) وقوله ﷺ: «من تزوج امرأة على مهر معلوم ونوى أن لا يعطيها من مهرها شيئا يموت يوم يموت وهو زان»^(٣). فالحدثان خاصان بأمور الآخرة من ثواب وعقاب، ولا دخل لهما بأحكام الدنيا، وأما اعتبار الزواج بنية عدم دفع المهر زناً، فهذا على سبيل الترهيب من هذا العمل وعظم عقوبة هذا الزوج في الآخرة.

(١) المبسوط للسرخسي ٢٣٩/١، موسوعة القواعد الفقهية لمحمد البورنو ١٥٨/١

(٢) صحيح البخاري، كتاب الرقاق، باب (٣١)، ١٨٧/٧.

(٣) رواه أحمد والطبراني وفي إسناده أحمد رجل لم يسم بيقية رجاله قتلت. ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٢٨٤).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٧٦/٥.

(٢) يتصرف من شرح مجلة الأحكام العدلية لعلي حيدر ١٩/١، وشرح المجلة لمعير القاضي ٥٦/١، المدخل الفقهي للزرقاء ٩٦٦/٢.

(٣) شرح المجلة لمعير القاضي ٥٦/١.

(٤) يتصرف من شرح المجلة لعلي حيدر ١٩/١، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٣٢.

من تطبيقات هذه القاعدة إذا طلق الرجل زوجته في قلبه ولم يلفظ بالطلاق فلا يعد ذلك طلاقاً.

ومنها: إذا أجر رجل بيته لشخص وصدر من الطرف الآخر قبول لا بعد إجارة؛ لأن القبول لم يصادف إيجاباً فلم ينمق العقد.

٢- قاعدة: «الأصل مقارنة النية للفعل إلا أن يتمذر أو يتعسر فتقدم ولا تتأخر»^(١).

وفيما يلي بيان معنى النية وتطبيقاتها.

يشترط في النية أن تكون مقارنة لأول العادة من وضوء وصلاة وصيام وغير ذلك، ولا يجوز تأخيرها عند جمهور الفقهاء^(٢) إذا كانت العادة واجبة، أما في صوم التطوع فيجوز التأخير لما روي عن الرسول ﷺ: «أنه كان يصبح فيسأل أهله هل عندكم شيء تطعمون؟ فيقولون ما عندنا شيء. فيقول: إني صائم»^(٣) وذهب الحنفية إلى جواز تأخير نية صوم رمضان وصوم النذر المعين إلى ما قبل نصف النهار، فإن النية تنسحب إلى أول الصيام^(٤) وأما تقديم النية عن أول العادة فأجازه غالبية العلماء لرفع المشقة كما بينت سابقاً عند شروط النية.

المبحث الثاني

فقه قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» تعدُّ من أكثر القواعد الكبرى تطبيقاً، فهي تمتد إلى غالبية أبواب الفقه، كما قال السيوطي: «هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه. والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر»^(١) كما أن هذه القاعدة تعدُّ أصلاً لكثير من القواعد الفقهية، والقواعد الأصولية: كقاعدة الاستصحاب، بل إن الكثيرين من العلماء عدوا هذه القاعدة الاستصحاب نفسه. قال العلاني: «القاعدة الثانية أن اليقين لا يزول بالشك، وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان»^(٢). كما أن هذه القاعدة تعدُّ مظهرًا من مظاهر اليسر والرحمة في الإسلام، إذ تهدف إلى رفع الحرج الذي ينشأ عن الوسواس، وبخاصة في باب الطهارة والصلاة. حيث إنها تطرح الشك وتقرر اليقين^(٣). ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد التي تفرع عنها.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

قبل بيان عناصر هذه القاعدة وتطبيقاتها وقواعدها الفرعية لا بد من بيان معناها، وذلك ببيان مفرداتها ومعناها الإجمالي. ولذا سيشتغل هذا المطلب على بيان المفردات التي تتركب منها القاعدة والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي.

(١) قواعد المقرئ ٥٤٦/٢، وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٢، والمتنور للزركشي ٢٩٣/٣.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢٩٣/١.

(٣) صحيح مسلم ٨٠٩/٢.

(٤) تبين الحقائق للزيلعي ٣١٣/١.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٥١، وانظر أيضاً: إيضاح القواعد الفقهية لعبد الله اللحجي ص ٢٣

(٢) المجموع المذهب للعلاني ٣٠٣/١.

(٣) بتصرف من القواعد الفقهية للندوي ص ٣١٦.

اليقين لغة: من يقن الأمر يقناً ويقناً إذا استقر وثبت ووضح فيقال: يقن الماء في الحوض إذا استقر فيه. ويقال: يقنت، واستيقنت، وأيقنت. ويستعمل متعدداً بنفسه: كيقنته، كما يستعمل متعدداً بالياء، كأيقنت به^(١) قال الراغب: «صفة العلم فوق المعرفة والدراية وأخواتها، يقال علم يقين ولا يقال معرفة يقين. وهو سكون الفهم مع ثبات الحكم»^(٢).

واليقين في اصطلاح المناطقة: «اعتقاد الشيء بأنه كذا مع اعتقاد أنه لا يمكن إلا كذا مطابقاً للواقع غير ممكن الزوال»^(٣)، وبعبارة أخرى: «العلم الجازم الثابت المطابق للواقع»^(٤) وقيل: «العلم المستقر في القلب لثبوته عن سبب متعين له، بحيث لا يقبل الانهدام»^(٥).

فالتعاريف تشرح بعضها بعضاً، ولكن ساذكري بعض المحترزات: فقوله: «اعتقاد الشيء» هو جزم القلب على شيء ولو بدون دليل كاعتقاد العامي، وهو قيد يخرج به (الشك) لخلوه من الاعتقاد بسبب استواء طرفيه. وقوله: «الجازم» القاطع في الأمر والأخذ فيه بالثقة. وهو قيد يخرج به (الظن) وهو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض^(٦). وقوله: «المطابق للواقع» خرج به الجهل وإن كان صاحبه جازماً، وهو الجهل المركب الذي هو اعتقاد جازم غير مطابق للواقع^(٧)، وقوله «غير ممكن الزوال» أو «الثابت» قيد خرج به (اعتقاد المقلد للغير بدون دليل) فإن هذا الاعتقاد في مهب الريح.

(١) انظر: المصباح المنير ٩٢٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥٧/٦، وأساس البلاغة للزمخشري ص ٧١٤، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ١٦٠١.

(٢) المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني ٥٥٣.

(٣) التعريفات للرجاني ٣٣٢.

(٤) الكلبيات للكفوي ١١٦/٥.

(٥) التعريفات للرجاني ١٨٧.

(٦) المرجع السابق ١٠٨.

وأما اليقين في اصطلاح الفقهاء فهو العلم الذي لا شك معه ولا تردد فيه. وبهذا المعنى يتسع اليقين لما هو مظنون؛ لأن الأحكام الفقهية إنما تبنى على الظن الظاهر، كما قال النووي: «واعلم أنهم (يقصد الفقهاء) يطلقون العلم واليقين على العلم الظاهر لا حقيقة العلم واليقين. فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم، وليس ذلك بشرط في هذه المسألة (يقصد نجاسة الماء) فلو أخبره ثقة بنجاسة الماء الذي يتوضأ به فحكمه حكم اليقين في وجوب غسل ما أصابه وإعادة الصلاة وإنما يحصل بقول الثقة ظن لا علم ويقين. ولكنه نص يجب العمل به، ولا يجوز العمل بالاجتهاد مع وجوده، وينقض حكم المجتهد فيه إذا بان خلاف النص، وإن كان خير واحداً»^(١).

ويرجع القرافي سبب بناء الأحكام على الظن الظاهر إلى الضرورة، حيث قال: «الأصل أن لا تبنى الأحكام إلا على العلم» لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] ولكن دعت الضرورة للعمل بالظن لتعذر العلم في أكثر الصور فثبت عليه بناء الأحكام لندرة خطئه وغلبة إصابته، والغالب لا يترك للنادر وبقي الشك غير معتبر إجماعاً»^(٢).

٢- الشك

الشك لغة: مأخوذة من شك الأمر يشكه شكاً، وشككت في الأمر بمعنى التردد فيه. وأصل الشك التداخل، ومن ذلك قولهم: شككته بالرمح، وذلك طعنته فدخل السنان جسمه. وسمي الشك بذلك لأن الشاك كأنه شكٌ له الأمران في مشك واحد، ولا يتيقن واحداً منهما»^(٣).

(١) المجموع للنووي ٢٢٣/١.

(٢) الفروق للقرافي ١١٩/١.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٧٣/٣، المصباح المنير للفيومي ٤٣٦. الحدود في الأصول للباي ص ٢٩.

والشك في اصطلاح المتكلمين والأصوليين: «تجوز أمرين لازمة لأحدهما على الآخر»^(١) وبعبارة أخرى: «التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك» وقيل: هو ما استوى طرفاه، وهو الوقوف بين الشيتين لا يعيل القلب إلى أحدهما. فإذا ترجح أحدهما ولم يطرح الآخر فهو (ظن)، فإذا طرحه فهو (غالب الظن) وهو بمنزلة اليقين^(٢)، وأرجح الزاغب سبب الشك أو التردد إلى عدة أمور: منها وجود أمرتين متساويتين عند النقيضين، أو عدم الأمانة فيهما. ومحل الشك إما أن يكون في وجود الشيء وعدم وجوده، وإما أن يكون في جنسه من أي جنس هو؟ وإما أن يكون في بعض صفاته، وإما أن يكون في الغرض الذي لأجله أوجد. والشك - بهذا المعنى - ضرب من (الجهل)، وهو أخص منه؛ لأن الجهل قد يكون عدم العلم بالنقيضين رأساً، فكل شك جهل وليس كل جهل شكاً^(٣).

وقد استعمل كثير من الفقهاء الشك بمعنى التردد مطلقاً، سواء كان الطرفان متساويين أو أحدهما راجحاً. حيث قال القيوبي: «استعمل الفقهاء الشك في الحاليين على وفق اللغة، نحو قولهم: من شك في الطلاق، ومن شك في الصلاة أي لم يستيقن وسواء رجح أحد الجانبين أم لا»^(٤)، وقال ابن القيم: «حيث أطلق الفقهاء لفظ الشك فمراهم به التردد بين وجود الشيء وعدمه، تساوى الاحتمالان أو رجح أحدهما»^(٥).

وعلى ابن قدامة ذلك بقوله: «إذا شك تعارض عنده الأمران، فيجب سقوطهما كاليقين إذا تعارضا، ويرجع إلى اليقين، ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما أو يتساوى الأمران عنده؛ لأن غلبة الظن إذا لم تكن مضبوطة بضابط شرعي لا يلتفت إليها كما لا يلتفت الحاكم إلى قول أحد المتداعيين إذا غلب على ظنه صدقه بغير دليل»^(٦).

(١) الحدود في الأصول للبايجي ص ٢٩.

(٢) التعريفات للرجاني ص ١٦٨.

(٣) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٢٦٥.

(٤) المصباح المنير للقيومي ص ٤٣٦. وانظر: المجموع للنووي ١/١٦٨، وتحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ٣٦، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٤.

(٥) بدائع الفوائد لابن القيم ٤/٢٦٤.

(٦) المغني لابن قدامة ١/١٩٧.

=

وأما البعض الآخر من الفقهاء فقد استعملوا الشك بالمعنى الأصولي وهو التردد بين الأمرين دون الترجيح لأحدهما. وبهذا فقد أخرج هذا الفريق (الظن) من دائرة الشك، فقد انتقد الزركشي القائلين بالقول الأول ووصفه بالزعم حيث قال: «وهو في اللغة مطلق التردد. وفي اصطلاح الأصوليين تساوي الطرفين فإن رجح كان ظناً والمرجوح وهماً. وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كاللغة في سائر الأبواب، ولا فرق بين المساوي والراجح. وهذا إنما قالوه في الأحداث. وقد فرقوا في مواضع كثيرة»^(١).

والراجح هو القول الثاني من أن المراد بالشك عند الفقهاء هو التردد بين الأمرين من غير ترجيح. أما إذا رجح فإن الراجح (ظن) وهو تنبئ عليه الأحكام في الغالب - كما بينا عند بيان حقيقة اليقين - ولكن يشترط في الترجيح أن يستند إلى دليل شرعي لبناء الأحكام الشرعية عليه. وأما المراد بالشك في القاعدة فيشمَل الظن؛ لأنه في مرتبة أقل من اليقين أو غلبة الظن.

ومن الألفاظ ذات الصلة بالشك الاشتباه والوسوسة. فالاشتباه: الالتباس في أمر من الأمور وعدم اتصافه: كعدم يقين الحكم كونه حلالاً أو حراماً^(٢). ويعد الشك سبباً من أسباب الاشتباه. وأما الوسوسة فهي مرض في القلب: كأن يشغل القلب بفكرة تسيطر على العقل فتحرضه على أعمال خرقاء خارجة عن المألوف^(٣). والشك لا يصل إلى حد الخروج عن المألوف.

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن الأمر الثابت ثبوتاً يقينياً والمقرر بدليل أو أمانة أو أي طريق من طرق الإثبات المعتد بها والمعبر عنه بالأصل أو اليقين لا يرفعه شك ضعيف أو احتمال لا يستند إلى دليل، بل يبقى حكم الأصل أو اليقين سارياً حتى يقوم الدليل المعتبر في تنيير ذلك الحكم. فإذا كان الأصل في المياه الطهارة فلا يرفع هذا الحكم بالشك.

(١) المثور في القواعد للزركشي ٢/٢٥٥.

(٢) التعريفات للرجاني ص ١٦٥.

(٣) المصباح المنير للقيومي ص ٩٠٧، المفردات للراغب ص ٥٢٢، الفروق ومنع الترادف للحكم الرملي ص ١٧٤. معجم لغة الفقهاء وقنيبي ص ٥٠٣.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» من أوائل القواعد التي دخلت مجال التفعيد الفقهي، فقد نقلت عن الإمام الشافعي، حيث قال: «من استيقن الطهارة، ثم شك في الحدث، أو استيقن الحدث ثم شك في الطهارة فلا يزول اليقين بالشك»^(١) وذكرها الكرخي ضمن أصوله (قواعده)، فقال: «الأصل ما ثبت باليقين لا يزول بالشك»^(٢). كما ذكرها الدبوسي في تأسيس النظر، حيث قال: «الأصل عند أبي حنيفة أنه متى عرف الشيء من طريق الإحاطة والتيقن لأي معنى كان، فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلافه»^(٣). ويرجع سبب هذا التفعيد المبكر إلى استنادها إلى أدلة من القرآن والسنة والإجماع والمعقول. ومن هذه الأدلة:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْبَغُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَقْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [يونس: ٣٦] فالظن هنا بمعنى التوهم؛ لأن الظن في القرآن اسم لما يحصل عن أمانة، فإذا كانت قوية كان بمنزلة اليقين، وإذا كانت ضعيفة كان توهمًا^(٤). فالله سبحانه وتعالى ينعي على المشركين عدم اهتدائهم إلى طريق العلم أصلاً أي ما ينبع أكثرهم في معتقداتهم ومحاوراتهم إلا التوهم الذي يستند إلى أدلة واهية^(٥). وقد أكلت هذا المعنى كثير من الآيات منها: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ﴾ [النجم: ٢٣] وقوله تعالى: ﴿وَمَا كُمْ بِهِ مِنْ عَلِيمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَلَكِنَّ الظَّنَّ لَا يَقْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ [النجم: ٢٨] فالحق بمعنى الحقيقة، وهي اليقين فلا ترتفع بالتوهم ولا بالشك.

٢- وقوله ﷺ: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِكْ صَلَاةً: ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا فَلْيُطْرَحِ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ، ثُمَّ يَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَسْلِمَ، فَإِنْ كَانَ صَلَاةً خَمْسًا شَفَعْنَ لَهُ صَلَاتَهُ وَإِنْ كَانَ صَلَاةً لِأَرْبَعٍ كَانَتْ تَرْغِيبًا لِلشَّيْطَانِ»^(٦). فهو يدل دلالة صريحة على طرح الشك والبناء على اليقين^(٧).

٣- وقوله ﷺ: «إِذَا وَجَدَ أَحَدُكُمْ فِي بَطْنِهِ شَيْئًا فَأَشْكَلَ عَلَيْهِ أَخْرَجَ مِنْهُ شَيْءًا أَمْ لَا؟» فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً. وفي رواية: «شُكِّيَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ الرَّجُلُ يَخِيلُ إِلَيْهِ أَنَّهُ يَجِدُ شَيْئًا فِي الصَّلَاةِ. قَالَ لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا»^(٨). قال النووي: «هذا الحديث أصل من أصول الإسلام، وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه، وهي أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها... ومن ذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث حكم ببقائه على الطهارة، ولا فرق بين حصول هذا الشك في نفس الصلاة وحصوله خارج الصلاة»^(٩).

٤- وقد أجمع العلماء على أصل العمل بهذه القاعدة، ومن نقل الإجماع القرافي في فروقه حيث قال: «فهذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعذور الذي يجزم بعدمه»^(١٠).

٥- وأما من جهة العقل فإن اليقين أقوى من الشك؛ لأن اليقين يتصف بالثبات والاستقرار والجزم، في حين أن الشك يحمل معنى التردد والاحتمال فلا يقوى على إزالة اليقين. قال الشيخ مصطفى الزرقاء: «اليقين أقوى من الشك لأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك»^(١١).

(١) صحيح مسلم، كتاب المساجد، رقم (٨٨)، ٤٠٠/١.

(٢) فتح الباري لابن حجر ١٠٣/٣.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الحيض، رقم (٩٨، ٩٩)، ٢٧٦/١.

(٤) شرح النووي على مسلم ٤٩/٤.

(٥) الفروق للقرافي ١١١/١.

(٦) المدخل للفقيه للزرقاء ٩٦٧/٢.

(١) الحاوي للماوردي ٢٧/١.

(٢) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص ١٠.

(٣) تأسيس النظر للدبوسي ص ١٧.

(٤) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٣١٧.

(٥) بتصرف من تفسير أبي السعود ٤٩٤/٢.

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» قضية تركيبية تتكون من الموضوع، والحكم: وهو بقاء الحكم اليقيني وعدم تأثره بالشك، والعلاقة بين الموضوع والحكم. ويمكن أن يضاف إلى ذلك: الشك، والمكلف الذي يعرض له الشك، ومقصد القاعدة. وبناء عليه تكون عناصر هذه القاعدة ستة وهي:

الأول: الموضوع.

الثاني: الحكم وهو بقاء الحكم اليقيني وعدم تأثره بالشك.

الثالث: العلاقة بين الحكم والموضوع.

الرابع: الشك.

الخامس: المكلف.

السادس: مقصد القاعدة.

ولإعمال هذه القاعدة وإلحاق الجزئيات بها لا بد من التحقق من هذه العناصر وتوفر الشروط اللازمة لذلك. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: موضوع القاعدة.

موضوع القاعدة هو الحكم اليقيني: كالتيقين من إباحة شيء أو مناهة الحكم اليقيني: كالتيقين من أن الماء بلغ قلتين. ويدخل في ذلك الأقوال والأفعال والأعيان من عبادات ومعاملات ومأكولات ومشروبات وملبوسات وغيرها. ولذا لا تعتبر الأدلة موضوعاً للقاعدة. والمراد باليقين في الحكم ومناطه هو الاستصحاب لما يتقن في الماضي، وهو الأصل وأطلق عليه اليقين مجازاً^(١)، ولا يراد به اليقين بالمعنى الاصطلاحي المنطقي الدقيق، وإنما يراد به ما ثبت بالبيئة الشرعية سواء استند إلى علم

(١) القواعد الفقهية للندوي ص ٣٢٤

يقيني أو ظن غالب؛ لأن الأحكام الفقهية تبنى عليه. فشهادة الشهود مع أنها خبر آحاد يتطرق إليه السهو والكذب اعتبرها الشارع يقينية، وبنى عليها الأحكام، ولم يجعل احتمال السهو والكذب مؤثراً فيها ولا في يقينتها. ولا فرق بين أن يكون الحكم اليقيني مقتضياً للحظر أو الإباحة^(٢).

والمقصود بالأصل المستصحب: هو أن حكمه ثابت بدليل شرعي معتبر، ويبقى مستمراً ويُعمل به، ولا يلتفت إلى الاحتمالات والشكوك التي ترد عليه ما لم يعضدها دليل قوي. ومن الأصول اليقينية المستقرة:

١- الأصل في المياه الطهارة^(٣)، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا﴾ [الفرقان: ٤٨] وقوله ﷺ: «الماء الطهور لا ينجسه إلا ما غلب على ريحه أو طعمه»^(٤).

٢- الأصل في الأرض وما تولد فيها الطهارة^(٥). ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «جعلت الأرض كلها لي ولأمتي مسجداً وطهوراً»^(٦). وقوله ﷺ: «إن الصعيد طهور لمن لم يجد الماء عشر سنين»^(٧). ويتفرع على هذا الأصل طهارة الأعيان والجملات والنباتات والأصواف والأوبار والشعور والألبان والملابس وغير ذلك.

٣- الأصل في دماء المسلمين وأموالهم وأعراضهم التحريم^(٨). لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٣٧.

(٢) المجموع للنووي ١/١٦٨، الوجيز للزفالي ١/٤١، القواعد الفقهية للسعدي ص ٥٥.

(٣) سنن أبي داود، كتاب الطهارة، باب (٣٤)، ١/١٧.

(٤) الذخيرة للقرافي ١/١٧٠، القواعد الفقهية للسعدي ص ٥٥.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب (٥٦)، ١/١١٣.

(٦) صحيح البخاري، كتاب التيمم، باب (٦)، ١/٨٨.

(٧) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣/٢٨٣.

ثانياً: حكم القاعدة الكلية:

إن الحكم الكلي لقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» هو استدامة حكم التصرف الثابت بيقين وعدم تأثره بتشكيك المشكك، وهو الذي يطلق عليه الثبات في الحكم. فإذا ثبت الحكم الشرعي بأدلة شرعية لا يزول ذلك الحكم بالشك. ويشترط فيه ما ذكرناه من شروط عند قاعدة: «الأمر بمقاصدها» وهي أن يثبت بدليل شرعي، والتحقق من عدم النسخ، وعدم معارضته لنص قطعي أو أصل عام أقوى منه.

ثالثاً: العلاقة بين الموضوع والحكم الكلي: أو مناط الحكم هو الدليل أو الحجة فإذا كانت قوية كان الحكم ثابتاً ومستمراً، ولا تؤثر فيه الشكوك والاحتمالات، وإذا كانت ضعيفة لا يثبت أمام الشكوك والاحتمالات. والحجة القوية هي ما كانت ظناً غالباً. قال القرطبي: «فإن قضى بما يغلب على الظن لم يكن كذلك عملاً بجهالة كالقضاء بالشاهدين العدلين، وقبول قول العالم المجتهد، وإنما العمل بالجهالة قبول قول من لا يحصل غلبة الظن بقوله»^(١).

رابعاً: الشك:

بيننا سابقاً أن المراد بالشك عند الفقهاء التردد بين الأمرين من غير ترجيح لأحدهما. والمراد به في هذه القاعدة التردد في بقاء الحكم اليقيني واستمراره لا في حدوثه وحصوله، لأن اليقين لا يتصور حصوله إذا رافقه الشك منذ وجوده، لأنهما نقيضان لا يجتمعان، وبناء على ذلك فالمراد بالشك في القاعدة الشك الطارئ، وليس الشك الذي منشؤه تعارض الأدلة؛ لأن هذا النوع يخرج اليقين عن كونه يقيناً مثل قولهم: سؤر البغل والحمار مشكوك فيه، فيتوضأ به ويتيمم. فهذا الشك لتعارض دليلي الطهارة والنجاسة وقد أخرج اليقين عن كونه يقيناً^(٢)، ومن ذلك الدم الذي تراه المرأة بين الخمسين سنة والستين

فلو يتيقن المكلف من الحدث، ثم غفل عن حاله وصلى، وبعد فراغه من الصلاة شك في أنه هل تطهر قبل الدخول في الصلاة أولاً؟ فصلاته صحيحة لحدوث الشك بعد الفراغ من العمل ولم يوجد الشك قبله. فلا يقال إنه على تقدير أنه لو التفت قبل الصلاة إلى حاله فإنه سيكون غير مطهر لأنه كان متيقناً من الحدث وشك في أنه تطهر منه، فتبنى على الحالة السابقة؛ وهي أنه محدث فتكون صلاته على هذا التقدير غير صحيحة، ولكنها صحيحة لأنه لا عبرة باليقين التقديري^(٣).

٣- أن لا يُعارض الحكم اليقيني بما هو أرجح منه وأقوى فإذا حصل التعارض عمل بالراجح. ويحصل ذلك التعارض في حالتين:

أ- أن يوجد أصلاً يقتضي كل منهما حكماً يخالف الآخر. فإذا كان ما يقابل الحكم اليقيني راجحاً قدم عليه، ولما كانت الموازنة بين الراجح والمزجوع عملاً اجتهدياً فلا بد أن تختلف وجهات النظر في ذلك، ولا يحصل اتفاق^(٤). ومن الأمثلة على ذلك: إذا ظهر في المبيع عيب، واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع؟ ففي مذهب الحنابلة روايتان: إحداهما أن القول قول البائع، لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفريق. والثانية: يعتبر قول المشتري؛ لأن الأصل عدم القبض المرمي^(٥).

ب- أن يوجد ظاهر أرجح من الحكم اليقيني. والمراد بالظاهر هنا الحالة القائمة التي تدل على أمر من الأمور^(٦)، أو القرائن القوية الدالة على ذلك والمخالفة للحكم اليقيني، فيعمل بالظاهر الراجح. ومثاله: إذا كان رجلان في سفينة مشحونة بالدقيق، فادعى كل واحد منهما السفينة وما فيها، وأحدهما يعرف بأنه تاجر دقيق، والآخر يعرف بأنه ملاح فإنه يحكم بالدقيق لتاجر الدقيق، وبالسفينة للملاح عملاً بالظاهر^(٧).

(١) قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ليعقوب باخسين ص ٥٨-٥٩.

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣٣١، الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٥

(٣) القواعد لابن رجب ص ٣٣٧.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ٦١.

(٥) المرجع السابق.

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٦/٣١٣.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/٢٧٢. وقد ذكر هذه المسألة بقصد التمثيل، مع أنه يرى طهارة سؤرها؛ لأن دليل الطهارة أرجح من دليل التجسس. ورد على من احتج على نجاسته بحديث: «في الحمر الأهلية إنها رجس» فقال في لحومها إذا ذبحت ولا يلزم منه أن تكون نجسة في حياتها.

أنه مشكوك فيه، فتصوم وتصلّي وتضيء الصوم لتعارض دليلي الصحة والفساد^(١).

ويشترط في الشك عدة شروط وهي:

١- أن يكون ما تعلق به الشك هو ما يتعلق به اليقين، وبعبارة أخرى اتحاد قضيتي الشك واليقين، لأنه عند اختلاف القضيتين يكون الشك في الحدوث والحصول لا في البقاء. وهذا خارج عن موضوع بحثنا في القاعدة. لأنه لا يكون هناك نقض لليقين بالشك. ومن الأمثلة على تغاير الموضوع أن يكون المتيقن عدالة زيد والمشكوك فيه عدالة عمرو، أو أن يكون المتيقن عدالة عمرو والمشكوك فيه كرم عمرو^(٢).

٢- أن يتحقق الشك بالفعل، فلا عبرة بالشك التقديري - كما بينا عند شروط اليقين -.

خاصة: المكلف الذي يعرض له الشك.

المكلف هو الذي يحصل له الشك الطاري، وذلك لأن المكلف عرضة للجهل والنسيان والسهو والغفلة والذهول. المؤدية إلى الشك.

فالجهل في اللغة نقيض العلم ويطلق على السفه والضياع^(٣).

والجهل في الاصطلاح: «اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه»^(٤) وفي المثل: «كفى بالشك جهلاً»^(٥) والجهل أنواع: باطل لا يصلح عذراً: لجهل من خالف في اجتتهاده الكتاب والسنة. وجعل يصلح عذراً: كالجهل في موضع الاجتهاد، والجهل في موضع الشبهة^(٦).

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ٢٧٢/٣. وقال الصحيح أنه حيض.

(٢) قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لباحين ص ٥٥.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص ١٥٦.

(٤) التتريقات للبرجاني ص ١٠٨.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص ١٥٦.

(٦) الكليات للكنوي ١/١٦٨.

والنسيان زوال المعلومة عن فكر المكلف مع العجز عن تذكرها في الحال. وهو يختلف عن السهو من حيث بقاء صورة المعلومة في الحافظة، ففي السهو تزول الصورة عن الفكر مع بقائها في الحافظة، وأما في النسيان فإنها تزول من الفكر والحافظة معاً^(١). وسبب السهو عدم استبانت الصور فيثبت مرة ويذول أخرى، ويثبت بدله تصور آخر، فيشبهه أحدهما بالآخر اشتباهاً غير مستقر حتى إذا نه بأدنى تنبيه تنبه وعاد إلى التصور الأول^(٢).

والغفلة قلة الفطنة، وقيل: الغفلة عن الشيء هي ألا يخطر ذلك بباله، وهي قريبة من الجهل. وكذلك الذهول يقرب منه. وسببه عدم استبانت التصور حيرة ودهشة^(٣).

بهذه الأسباب تصبح المسألة مشكوكاً فيها عند بعض المكلفين، وربما تكون ظنية عند غيره، أو له في وقت آخر، وتكون قطعية عند آخرين. فكون المسألة شكية أو ظنية أو قطعية ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف^(٤).

سادساً: مقصود القاعدة الشرعي.

إن المقصد الشرعي من هذه القاعدة هو التحقق والتثبت والتمحيص في الأقوال والأفعال والاعتقادات، فإذا كان الأصل براءة الذمة فلا يتقل عن استصحاب الحال إلا بدليل شرعي، فإن وجد دليلاً من أدلة الشرع انتقل عنه سواء كان ذلك الدليل نطقاً أو مفهوم نص أو ظاهراً^(٥). وإذا ثبت ذلك دام هذا الحكم واستمر ولا يجوز أن يقدم على تغييره بمجرد الشك والاحتمال؛ وذلك لأن أحكام الشريعة تشتمل على مصلحة كلية في الجملة وعلى مصلحة جزئية في كل مسألة على الخصوص. أما الجزئية فما يعرب عنها

(١) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ٢٥١، ٤٧٩.

(٢) الكليات للكنوي ١/١٦٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) بدائع الفوائد لابن القيم ٢٧١/٣.

(٥) الفقه والمتنفة للبهادري ٢١٦/١، شرح الكوكب المنير للفتوح ص ٣٩٢.

كل دليل لحكم في خاصته . وأما الكلية فهي أن يكون كل مكلف تحت قانون معين من تكاليف الشرع في جميع حركاته وأقواله واعتقاداته ، فلا يكون كالبهيمة المسيية تعمل بهواها حتى يرتاض بلجام الشرع ، فإذا صار المكلف في كل مسألة عنت له يتبع رخص المذاهب ، وكل قول وافق فيها هواه فقد خلع ربقة التقوى ، وتمادي في متابعة الهوى ونقض ما أبرمه الشارع وآخر ما قدمه^(١).

إن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» تمثل في حياة المسلم منهجاً واضح المعالم في تمحيص الأمور والثبات عليها ، فتحلله يقف على أرض صلبة وليس في مهب الريح . وقد دلت نصوص الشريعة الإسلامية . على ذلك نذكر منها قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَائِقٌ فَايِقُوا وَيَأْتِكُمْ فَتَيِقُوا أَنْ تُصِيبُوا قُرْآنًا يَحْطِلُهُ فُتُيِقُوا عَلَى مَا قَلْتُمْ تَتُوبِينَ﴾ [الحجرات: ٦] .

وقال ﷺ : «الأناة من الله والعجلة من الشيطان»^(٢) وهذا مما يميز علماء المسلمين عن غيرهم كما قال ابن تيمية : «تقول النصارى أن المسيح سوغ لعلمائهم أن يحرموا ما رأوا تحريمه مصلحة ويحلوا ما رأوا تحليله مصلحة ، وليس هذا دين المسلمين ولا كان الصحابة يسوغون هذا لأنفسهم»^(٣).

المطلب الرابع : تطبيقات القاعدة .

يتفرع على هذه القاعدة مسائل شتى من أبواب مختلفة كالطهارة والصلاة والصوم والزكاة والحج والبيع والإجارة والعارية والوديعة والضمان والغصب والقرض والإقرار وغير ذلك ومن هذه التطبيقات :

(١) الموافقات للشاطبي ٣/٣٨٦ .

(٢) سنن الترمذي ، كتاب البر والصلة ، باب (٦٦) ، ٤/٣٦٧ .

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٩٤/٣٤ .

١- إذا شك من يغتسل من الجنابة ، هل عم الماء بدنه أم لا؟ بنى على اليقين . وهو عدم التعميم ، ولزمه تعميم الماء ما لم يكن ذلك وسواساً^(١).

٢- إذا شك المصلي المنفرد ، هل صلى ثلاثاً أو أربعاً؟ بنى على اليقين إذا الأصل بقاء الصلاة في ذمته . أما إذا كان إماماً فينبى على غالب ظنه ؛ لأن المأموم ينييه . فقد عارض الأصل هنا ظهور تنبيه المأمور على الصواب . هذا عند الحنفية والحنابلة ، أما عند المالكية والشافعية فينبى على اليقين مطلقاً ؛ لأنه الأصل^(٢).

٣- إذا شك الصائم في غروب الشمس لم يجز له الفطر ؛ لأن الأصل بقاء النهار ، ولو أكل ؛ أفطر وعليه القضاء . أما لو شك في طلوع الفجر جاز له الأكل ولم يفطر ؛ لأن الأصل بقاء الليل^(٣).

٤- إذا شك في أداء ما وجب عليه من زكاة أو كفارة لزمه الإتيان به ، لأن الأصل بقاء الواجب في ذمته^(٤).

٥- إذا شك هل طاف ستاً أو سبعاً أو رمى ست حصيات أو سبعاً؟ بنى على اليقين^(٥).

٦- إذا باع قمحاً بقمح مجازفة (أي دون أن يعلم كيله أو وزنه) فلا يصح البيع ؛ لأن المائلة في المقدار شرط في بيع الأموال الربوية . وهذا الشرط مشكوك فيه لوجود المجازفة ، فلا يثبت الشرط للقاعدة الفقهية : «الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط»^(٦) أو «الحكم المعلق على شرط أو المشروط بشرط إذا وقع الشك في وجود شرطه لا يثبت»^(٧).

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/٢٧٣ .

(٢) المرجع السابق . وانظر : الفروق للقراني ١/٢٢٧ ، وإيضاح الوترسي ص ٧٦ .

(٣) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/٢٧٣ . وانظر : البدائع للكاساني ٢/١٠٥ .

(٤) غمز عيون البصائر للمحوي ١/٢٢٣ ، ٢/٥٥ ، الفروق للقراني ١/٢٢٥ .

(٥) المغني لابن قدامة ٣/٣٧٨ .

(٦) إيضاح الوترسي ص ٧٥ .

(٧) شرح المجلة للاتاسي ١/١٨ .

٧- إذا شكَّ في موت مورثه: هل مات أو لم يمِت؟ بنى على اليقين، وهو استصحاب الحياة، فلا يحل له ماله حتى يتيقن موته^(١).

٨- إذا شكَّ في عدالة الشاهد هل هو عدل أم لا؟ اختلف في ذلك بناء على اختلافهم هل الأصل في الإنسان العدالة أم الفسق؟ فمن قال: الأصل في الإنسان العدالة حكم بشهادة المشكوك في عدالته. ومن ذهب إلى ذلك المرداوي من الحنابلة والشوكاني والمهدي وغيرهم^(٢). ومن قال: الأصل في الإنسان عدم العدالة؛ لم يحكم بشهادة المشكوك في عدالته. ومن ذهب إلى ذلك ابن القيم، حيث قال: «الغالب في الناس عدم العدالة، وقول من قال الأصل في الناس العدالة كلام مستدرِك، بل العدالة طارئة متجددة، والأصل عدمها، فإن خلاف العدالة مستنده جهل الإنسان وظلمه، والإنسان خلق جهولاً ظلوماً، فالؤمن يكمل بالعلم والعدل، وهما جماع الخير، وغيره يبقى على الأصل أي فليس الأصل في الناس العدالة ولا الغالب»^(٣).

٩- إذا قال شخص لآخر: أظن أنه يوجد لك في ذمتي مبلغ ألف دينار، فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم؛ لأن الأصل براءة الذمة، والأصل هو المتيقن، فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له إذ أن إقراره لم ينشأ عن يقين، بل عن شك وظن. وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر^(٤).

١٠- إذا هلكت الوديعة عند الوديع، وشككتنا في سبب هلاكها: هل كان بتعدي وتغريب في حفظها أو أنها هلكت قضاءً وقدرًا؟ يبنى على اليقين، وهو أن الأصل في الإنسان الأمانة فلا يزول هذا بالشك في حصول التمديد أو التقصير، فلا يضمن الوديع^(٥).

(١) بدائع الفوائد لابن القيم ٢/٢٧٣.

(٢) الإحصاف للمرداوي ١١/٢٨٥، السبل الجوار للشوكاني ٤/١٩٢، البحر الزخار للمهدي ٦/٤٩.

(٣) بدائع الفوائد لابن القيم ٣/٢٧٣.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٠.

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء ٦/٩٦٦.

المطلب ١٠: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة.

تتعلق بقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فروعاً لهذه القاعدة، ومنها ما يمثل قيوداً وضوابط لها. وقد ذكر الشيخ صالح السدلان ست عشرة قاعدة. وفيما يلي بيان لأهم هذه القواعد:

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة.

يقع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» عدة قواعد نذكر منها:

١- قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»^(١).

أ- معنى القاعدة: أن ما كان محكوماً له بحكم فيما مضى يبقى على ذلك الحكم ما لم يرد دليل شرعي آخر يفيد تغير ذلك الحكم، فما كان حلالاً يبقى حلالاً إلى أن يرد دليل على الحرمة، وما كان واجباً يبقى واجباً إلى أن يرد دليل ينقله من الوجوب إلى الندب، وما كان طاهراً يبقى طاهراً إلى أن يرد دليل يفيد النجاسة، وما كان حياً يبقى حياً إلى أن يرد دليل يفيد الوفاة؛ كاعتبار المفقود حياً إلى أن تثبت وفاته. وهذا الذي يُسمى بالاستصحاب وقريب من هذه القاعدة قاعدة: «ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه»^(٢) وقاعدة: «القديم يترك على قدمه»^(٣).

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: لو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المؤجر ذلك. كان القول قوله مع اليمين؛ لأن الأصل بقاء الأجرة في ذمة المستأجر إلى أن تثبت دفعها إلى المؤجر^(٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٧.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٢/٩٦٨.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ١/٢٠.

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٦٨.

ومنها أيضاً: إذا اختلف في كون المسيل (وهو حق تسيل المياه الزائدة) الواقع في ملك أحد حادثاً أو قديماً، ولم تكن لأحد الطرفين بيعة. ينظر: فإن كان جريان الماء في المسيل قبل الخصومة معلوماً يحكم ببقائه بعد تحليف صاحب المسيل بعدم كونه حادثاً، وإن كان غير معلوم يحكم بسده، ويعتبر قول صاحب الملك بعد تحليفه بعدم كون المسيل جارياً من القديم^(١).

ج- مستثنيات القاعدة:

يستثنى من حكم قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان» ما لو ادعى الوديع رد الوديعة إلى المستودع، فأنكر المستودع ذلك. يصدق الوديع مع أن الأصل بقاء الوديعة بيد الوديع. ووجه الاستثناء أن الوديع يدعى براءة ذمته من الضمان والمستودع يدعى انشغال ذمته والأصل براءة الذمة^(٢).

ويستثنى أيضاً أن الضرر لا يكون قديماً، ولا يحكم ببقائه، فلو أن أقذار دار شخص تسيل من القديم إلى الطريق العام أو إلى نهر يشرب منه الناس، فيفرق ذلك الضرر ولا عبرة بقدمها، وسكوت الناس عليها؛ لأن الشارع لا يمكن أن يجيز حقاً يكون منه ضرر عام^(٣).

٢- قاعدة: «الأصل براءة الذمة»^(٤).

هذه القاعدة تنزع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» وقد جعلها بعض الفقهاء مستقلة لارتباطها بأبواب كثيرة ومهمة في الفقه: كالقضاء والحدود. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها:

أ- معنى القاعدة:

البراءة لغة من برأ وهي تدل على معنيين الأول: الخلق. والثاني: التبعاد عن الشيء ومزايته. ومن ذلك براءة الذمة من الدين، أي انقطاعه عن المدين وخلو الذمة منه^(١). والذمة في اللغة: العهد والأمان والضمآن^(٢). وفي الاصطلاح: «صفة يصير بها الإنسان أهلاً للالتزام»^(٣).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأصل في ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل والالتزام إلى أن يثبت ذلك بدليل؛ لأن الناس يولدون وذممهم فارغة. والتحمل والالتزام صفة طارئة، فيستصحب الأصل المتيقن به، وهو فراغ الذمة إلى أن يثبت خلاف ذلك. ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»^(٤).

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقاتها إذا ادعى شخص على آخر ديناً لم تقبل دعواه إلا بدليل. ومنها: وإذا اتهم إنسان شخصاً بالقتل أو الزنا أو السرقة فإن المتهم بريء إلى أن تثبت هذه الدعوى بالدليل. ومنها: لو اختلف الموجر مع المستأجر في مقدار الأجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه، وعلى الموجر البيعة. ومنها: إذا أثلت إنسان لآخر مالاً واختلفا في قيمته؛ فالقول للمتلقي بيمينه والبيعة على صاحب المال لأثبات الزيادة؛ لأن البيعة تقام لأثبات خلاف الظاهر واليمين لإبقاء الأصل^(٥).

ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي: «الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين»^(٦). كالشك في أداء الدين فإن انشغال الذمة به متيقن، فلا تفرغ منه بمجرد الشك بل لابد من اليقين.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٢٣٦.

(٢) المصباح المنير للفيومي ٢٨٦.

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقتيبي ص ٢١٤.

(٤) سنن الترمذي، كتاب الأحكام باب (١١)، ٦٢٦/٣. وقال: فيه مقال. ورواه البيهقي بإسناد صحيح (نيل الأوطار ٨/٣٤٤).

(٥) شرح مجلة الأحكام للقاظمي ١/٦٣، وأصول الكرخي ص ١١٠.

(٦) إيضاح المسالك للونترسي ص ٧٦.

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٧٧).

(٢) شرح المحلة لمعير القاضي ١/٦٠.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٢.

(٤) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص ١١٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٩.

٣- قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم»^(١).

هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن العدم في الأمور العارضة أو الصفات العارضة يقين، وأما وجودها فهو مشكوك فيه. ويتعلق بهذه القاعدة كثير من التصرفات: كالعقود والالتزامات والإنلاقات. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثنائها.

أ- معنى القاعدة.

الأمور العارضة: هي الصفات الطارئة التي لم تلازم موصوفها منذ وجوده: كالعيب في المبيع والريح أو الخسارة في المضاربة. وبقابل ذلك الصفات الأصلية، وهي التي تلازم موصوفها منذ وجوده: مثل كون المبيع صحيحاً سليماً من العيوب، وكون رأس المال في شركة المضاربة خالياً من الربح أو الخسارة^(٢).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الصفات والأحوال الطارئة على الشيء يحكم بعدم وجودها إلى أن يثبت دليل الوجود. ويرتب على ذلك مفهومان مخالفان: الأول: الأصل في الأمور الأصلية الوجود. والثاني: الأصل في ما يستوى فيه الأصالة والطرء التوقف^(٣) إلى أن يرد دليل الإثبات أو النفي.

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا ادعى شخص شرطاً جائزاً في عقد، وأنكر الآخر ذلك. فإن الشروط أمور طارئة بالعقد يحتاج إلحاقها بالمعقود إلى دليل وإثبات^(٤). ومنها: إذا باع شخص سيارة وسلمها إلى المشتري، فادعى المشتري وجود عيب فيها، وادعى

البائع سلامتها من العيوب؛ فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن السلامة من العيوب من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود. وأما العيب فصفة عارضة فلا يقبل قوله إلا بيمينه^(٥). ومنها: إذا اختلف المضارب ورب المال في وجود ربح فالقول للمضارب، وعلى رب المال البينة؛ لأن الربح حالة عارضة^(٦).

ج- مستثنيات القاعدة:

يستثنى من حكم قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم» عدة مسائل^(٧): منها: إذا أراد الواهب الرجوع عن هبته، وادعى الموهوب له تلف الهبة؛ لأن التلف مانع للرجوع من الهبة؛ فالقول قول الموهوب له بلا يمين. مع أن التلف حالة عارضة إلا أن قول الموهوب له بالتلف قبل، والأصل أن لا يقبل إلا بيمينه؛ لكن عدل عن هذا الأصل لأن الموهوب له يدعى تلف ماله لأن الهبة بعد قبضها دخلت في ملك الموهوب له، والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذي لا علاقة لأحد به. ولا يقال إن الواهب ذو علاقة بالمال الموهوب؛ لأنه بعد قبض الموهوب له انقطعت علاقة الواهب بالموهوب. وإنما أثبت الشرع له حق الرجوع، وهو حق مجرد ليس له علاقة بالمال الموهوب.

ومنها: إذا طلب المسروق منه رد العين المسروقة، فادعى السارق استهلاك العين، وأنه لا حق عليه سوى أداء القيمة؛ فالقول للسارق مع يمينه، وعلى المسروق منه البينة: على وجود عين المال المسروق. مع أن الاستهلاك حالة عارضة إلا أن قول السارق قبل؛ لأنه يدعى إجراء صادراً منه بالفعل. والأصل أن المرء يصدق فيما يدعى أنه قد أجره بنفسه.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٥٧، الأشياء والنظائر لابن نجيم ٦٢

(٢) القواعد الفقهية الكبرى للسيدان، ص ١٤٣.

(٣) قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص ١٩٣.

(٤) القواعد الفقهية لمحمي هلال السرحان ص ٣٨.

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ص ١٨٥.

(٢) شرح مجلة الأحكام لقاضي ٦٥/١.

(٣) شرح المجلة لعلي حيدر ٢٤/١، شرح المجلة للقاضي ٦٥/١

ومنها: إذا تصرف الزوج بأموال الزوجة في حياتها، وبعد أن توفيت ادعى ورثة الزوجة أن تصرف الزوج بأموالها كان بدون إذن منها وطلبوا تضمينه، وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذن من زوجته؛ فالقول قوله، مع أن الإذن حالة عارضة إلا أن قول الزوج قبل؛ لأن حالة الزوجية دليل على الإذن كما أن العادة الغالبة أن الزوجات لا يتصرفن في أموالهن بأنفسهن، بل يفوضن ذلك إلى أزواجهن.

٤- قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان»^(١).

هذه القاعدة تنفر عن قاعدة: «البين لا يزول بالشك» وبخاصة الشطر الأول منها وهو: «لا ينسب إلى ساكت قول» فعدم القول هو المتيقن. وأما الشطر الثاني فهو بمثابة الاستثناء. فقد اعتبر السكوت في حكم النطق في موضوع تمس الحاجة فيه إلى البيان، فكما ندرك المعاني من الألفاظ تؤخذ أحياناً من السكوت لدلالة القرائن المرجحة^(٢). وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة وتأصيلها:

الساکت لغة: من سكت يسكت سكوتاً بمعنى صمت، وهو يدل على خلاف الكلام^(٣). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للسكوت عن المعنى اللغوي له، وهو: «ترك الكلام مع القدرة عليه»^(٤) والسكوت عند الفقهاء: «التزام حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ أو إشارة أو فعل شيء يبيّن عن الإرادة»^(٥).

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة (٦٧)، والأشباه للسيوطي ١٤٢، والأشباه لابن نجيم ص ١٥٢.

(٢) القواعد الفقهية للتدوي ص ٩١، ٩٢.

(٣) المصباح المنير للقيومي ص ٢٨٣، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٨٩/٢.

(٤) التعريفات للجرجاني ص ١٥٩.

(٥) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي لوحيد الدين سوار ص ٢٦٤.

ويختص السكوت بأنه سلوك سلبي محض يتمثل في عدم الاعتراض على ما صدر من الغير. كما أنه لا يدل بذاته على شيء ما، وإنما يستفاد منه الرضا أو عدمه من القرائن والظروف والملابسة ودلائل الأحوال وأحياناً يستفاد ذلك من العرف السائد بين الناس. كما أن دلالة السكوت على الموافقة احتمالية؛ لأنه قد يكون نتيجة عدم الانتباه أو شروء الذهن أو عدم الاكتراث أو التفكير في عاقبة الأمر^(١). وبناء على ذلك يمكن تقسيم السكوت إلى قسمين: الأول: السكوت المجرد، وهو يكون سكوتاً في ظاهره وباطنه، ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه. والقسم الثاني: السكوت الملازمة: وهو يكون ساكناً في ظاهره متجهاً لإحداث الأثر الشرعي في باطنه. ويسمى الفقهاء هذا القسم: التعبير بطريق الدلالة، وذلك إذا اقترنت ملابسات تجعل دلالاته تصرف إلى الرضا^(٢).

فالمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأصل عدم الاعتداد بالسكوت، ويستثنى من ذلك الاعتداد به إذا كان ملاسماً: أي إذا كان في معرض الحاجة، ودلت الظروف الملازمة على الإعتداد به.

وكان الإمام الشافعي رحمه الله هو أول من صاغ الشطر الأول من هذه القاعدة في عبارته الشهيرة: «لا ينسب إلى ساكت قول»^(٣) ويبدو أن الاعتبارات التي حدثت بالشافعي إلى إقرار هذه القاعدة هي نفسها التي حدثت به إلى نبذ التعاطي كوسيلة للتعبير عن الإرادة فكلاهما في نظره تعبير احتمال ظني لا يجوز الإعتداد به. فالسكوت يحمل معنى عدم الانتباه والشروء أو عدم الاكتراث أو الاستهزاء أو الاستغراب أو الموافقة أو الإنكار أو الرفض أو غير ذلك من المعاني؛ كما أن المعاينة تحمل على الاشتباه بأنواع متقاربة من

(١) السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية لرمضان الشرنباصي ص ١٦-١٧.

(٢) التعبير عن الإرادة لسوار ص ٢٦٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤٢.

المعاضات^(١). وأما الشطر الثاني من القاعدة وهو: «السكوت في معرض الحاجة بيان». فقد دلت عليه السنة النبوية، فهي تتضمن إقرارات النبي ﷺ أو تفريراته، وهي سكوت النبي ﷺ عن إنكار قول قيل أو فعل حدث بين يديه أو في عصره وعلم به. وقد اعتبرها أكثر الأصوليين دالة على الأحكام الشرعية^(٢). واستدلوا لذلك بأن الصحابة رضوان الله عليهم احتجوا بتفريراته على كثير من الأحكام، ومن ذلك ما روي عن أبي بن كعب: «الصلاة في الثوب الواحد سنة كنا نفعلمها على عهد النبي ﷺ ولا يعاب علينا»^(٣) وما روي عن ابن عباس أنه قال: «أقبلت راكباً على حمار أتان، وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام، ورسول الله ﷺ يصلي بالناس بمنى إلى غير جدار، فمررت بين يدي بعض الصف، فزلت وأرسلت الأتان ترتع ودخلت في الصف، فلم ينكر ذلك على أحد»^(٤).

ب- تطبيقات الشطر الأول: «لا ينسب إلى ساكت قول».

السكوت في ذاته لا يدل على شيء، وإن دل على شيء تكون دلالاته احتمالية ظنية فلا يعتد به. ويتفرع على هذه القاعدة عدة فروع منها: جاء في المبسوط: «إن سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه محتمل: قد يكون بطريق الرضا، وقد يكون بطريق التهاون، وقلة الالتفات إلى تصرف الفضولي، وقد يكون بطريق التعجب أي لماذا يفعل هذا في ملكه بغير أمره وإلى ماذا تؤول عاقبه فعله، والمحتمل لا يكون حجة»^(٥).

ومنها: لو رأى غيره يتلف ما له، فسكت لا يكون سكوته إذنًا بإتلافه، وعلى المتلف الضمان^(٦).

ومنها: إذا جمع شخص أناساً في مرض موته وأشهدهم على أنه ليس مديناً لأحد من الناس، وكان لرجل من الحضور عليه دين ولم يتكلم. فذلك لا يمنع الرجل بعد وفاة هذا الشخص من الإدعاء بما له عليه من الدين^(١).

ومنها: لو سكن شخص في دار آخر، وهي غير معدة للاستغلال (الإجارة) فسكت صاحبها، لا يعد ذلك إجارة^(٢).

ومنها: إذا رأى المرتهن الراهن يبيع العين المرهونة؛ فلا يعد سكوته إجازة ببيع الرهن^(٣).

ومنها: إذا سكت الثيب عند استئذنها في الزواج من فلان؛ فلا يعد سكونها إذنًا^(٤).

ج- تطبيقات الشطر الثاني: «السكوت في معرض الحاجة بيان».

السكوت يعتد به إذا اقترنت به ملاسات تدل على ذلك. وقد صنف بعض المعاصرين التطبيقات التي يعتد فيها بالسكوت في الزمر الآتية^(٥):

الزمرة الأولى: الحالات التي تمحض فيها السكوت لمنفعة من وجه إليه، ويدخل في ذلك سكوت المتصلق عليه، وسكوت الموقوف عليه، وسكوت المدين عند إبراء الدائن له، حتى لو أراد بعد مجلس الإبراء أن يرفضه لم يكن له ذلك.

الزمرة الثانية: الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، ويتصل الإيجاب بهذا التعامل. وهذا التعامل قد يكون عقداً سابقاً لم يرتب القانون عليه أثراً: كالرهن والهبة اللذين لم يقترنا بالعقد، فإذا ما قبض المرتهن المرهون بعد العقد، واقرن

(١) يتصرف من التعبير عن الإرادة لسوار ص ٢٦٥.

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٤١.

(٣) مسند أحمد ١٤١/٥.

(٤) صحيح البخاري ٥٧١/١.

(٥) المبسوط للمرخصي ١٤٠/٣٠.

(٦) درر المحاكم ٥٩/١.

(١) المرجع السابق.

(٢) شرح المجلة لمدير القاضي ١٣١/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الأشياء والنظائر للسيوطي ١٤٢.

(٥) التعبير عن الإرادة لسوار ص ٢٦٥-٢٦٦، وانظر: القواعد الفقهية الكبرى للسدлан ص ١٨٩-١٩٠.

هذا القبض بسكوت الراهن اعتبر هذا السكوت إذن بالقبض، وكذا الحال في الهبة، فإذا ما قبض الموهوب له العين الموهوبة بعد العقد وصاحب هذا القبض سكوت الواهب اعتبر سكوته إذن بالقبض. وقد يكون التعامل السابق عقداً ولّد أثراً: كحالة البيع الذي يملك البائع فيه حق الحبس على الشيء المبّيع، فإذا قبض المشتري المبّيع بعد ذلك، وسكت البائع اعتبر سكوته إذن بالقبض. ويدخل في هذه الحالات أيضاً سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة عن الاعتراض على تصحيح الآخر له بقوله: «قد بدا لي أن أجعل هذا العقد صحيحاً».

الزمرة الثالثة: الحالات التي يستلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضا: كسكوت السيد حين يرى عبده يبيع ويشترى، فإنه يجعل إذن له في التجارة دفعاً للضرر عن يعامل العبد.

الزمرة الرابعة: الحالات التي يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضا: كسكوت الفتاة البكر عند استئذان وليها بالتزويج، فإن سكوتها يعد قبولاً بالخاطب.

٥- قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»^(١).

هذه القاعدة: فرع عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» وتندرج تحتها. فإذا كانت الأحكام تختلف باختلاف تاريخ حدوثها فإنه لا بدّ من معرفة التاريخ. وإذا حصل شك فيه هل وقع في وقت كذا أو في وقت كذا؟ أضفناه إلى أقرب تلك الأوقات المشكوك فيها، فيكون أقرب الأوقات هو حكم اليقين فلا يُعدل عنه إلا بدليل. وقد وردت هذه القاعدة بعدة صيغ منها ما ذكرناه ومنها: «الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات»^(٢) ومنها: «الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن»^(٣) وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها وما يستثنى منها:

(١) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٦٤، مجلة الأحكام مادة (١١).

(٢) القواعد الكبرى للسيدان ص ١٤٧.

(٣) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٥٩.

أ- معنى القاعدة:

الحادث في اللغة مصدر حدث حدثاً تجدد وجوده فهو حادث وهي حادثة^(١). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي له عن المعنى اللغوي، فهو في استعمال الفقهاء: «الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد»^(٢). والمعنى الإجمالي للقاعدة أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث شيء نسب إلى أقرب الأوقات إلى الحال، ولا يعدل عن هذه النسبة إلا بدليل؛ وذلك لأن الخصمين اتفقا على حدوث الشيء، وادعى أحدهما حدوثه في وقت، والآخر ادعى حدوثه في وقت آخر قبل ذلك الوقت؛ فقد اتفقا على أنه كان موجوداً في الوقت الأقرب، وانفرد أحدهما بدعوى أنه كان موجوداً قبل ذلك مما يورث شكاً في صحة كلامه. فيُعمل بالوقت الأقرب؛ لأنه يقين ويترك الوقت الأبعد لأنه شك^(٣).

ب- تطبيقات هذه القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: لو ادعت زوجة المتوفى أن زوجها طلقها أثناء مرض الموت طلاق الفار، وطلبت الإرث وادعى الورثة: أنه طلقها في حال صحته، وبالتالي لاحق لها في الإرث. فالقول للزوجة لأن الطلاق يضاف إلى مرض الموت^(٤).

ومنها: إذا ظهر في المبيع عيب، وهو عند المشتري، فزعم البائع حدوثه بعد قبض المشتري، وادعى المشتري وجوده قبل القبض اعتبر حادثاً عند المشتري، فليس له فسخ البيع بالعيب حتى ثبت أنه قديم عند البائع عملاً بهذه القاعدة^(٥).

(١) المصباح المنير للفيومي ص ١٧٠.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وفتحي ص ١٧٢.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٧٧.

(٤) المرجع السابق.

(٥) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٧٨.

ومنها: ما لو ضرب شخص بطن امرأة حامل فانفصل الولد حياً وبقي زماناً غير متألم، ثم مات فلا ضمان على الضارب؛ لأن الظاهر أن الطفل مات بسبب آخر غير الضرب. بخلاف ما لو مات عند ضربه أو بقي متألماً حتى مات؛ تجب على الضارب دية كاملة^(١). ومنها: لو أن مسلماً تزوج نصرانية، ثم مات فأدعت الزوجة أنها أسلمت قبل وفاته، وأنكر الورثة ذلك، وقالوا: بل أسلمت بعد موته. فالقول قولهم^(٢).

ج- مستثنيات القاعدة:

إن قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته» مقيدة بأن لا تؤدي هذه الإضافة إلى نقض أمر ثابت^(٣). ولذلك تستثنى من هذه القاعدة عدة فروع وأحكام منها: ما لو ادعت زوجة نصراني أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها، وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت زوجها. فالقول قول الورثة وليس قول الزوجة مع أنه حسب هذه القاعدة يجب أن يكون القول قول الزوجة لأنه الأقرب مع أديانها. ولكن عدلوا عن العمل بهذه القاعدة لقاعدة أخرى وهي قاعدة: «الاستصحاب» والتي تقتضي أن اختلاف الدين وهو سبب الحرمان من الإرث موجود بالحال، وبالاتصاحب المقلوب: (وهو أن الشيء على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغيرها) بهذا الاستصحاب المقلوب تعتبر الزوجة في الزمن السابق مسلمة أيضاً^(٤).

ومنها: لو استأجر شخص أجيراً على حفظ عين: كسيارة مدة سنة، وبعد انتهاء السنة طالب الأجير بالأجرة، فادعى المستأجر أن العين هلكت بعد شهر من عقد الإجارة،

وبالتالي لا يستحق المستأجر سوى أجرة شهر واحد. وادعى الأجير أن العين هلكت بعد تمام السنة، وبالتالي يستحق الأجرة كاملة. فالقول للمستأجر مع يمينه وليس للأجير مع أنه حسب هذه القاعدة يجب أن يكون القول للأجير؛ ولكن عدل عن العمل بمقتضاها لأن المستأجر يتمسك بقاعدة أخرى وهي: «براءة الذمة» وهي الأصل؛ فمن المقرر الثابت فراغ ذمة المستأجر على الحفظ من الأجرة، وإنما تثبت الأجرة في ذمته بمقدار المدة التي يوجد فيها الحفظ من الأجير فعلاً. فلو جعل القول للأجير في حدوث هلاك العين بعد تمام السنة بناء على هذه القاعدة للزم منه نقض الأمر الثابت المقرر، وهو: «براءة الذمة» أو فراغ ذمة المستأجر^(١).

ومنها: لو اشتري شخص شيئاً، ثم جاء إلى البائع ليرده عليه بخيار الرؤية. فقال البائع للمشتري: إنك رضيت بالمبيع بعد ما رأيته فسقط خيارك. وقال المشتري: رضيت به قبل أن أراه، وبالتالي لم يسقط خياري. فالقول للمشتري^(٢) وليس للبائع، مع أنه بحسب هذه القاعدة يكون للبائع إلا أنه عدل عن ذلك لقاعدة أخرى وهي: «الأصل في الأمور العارضة العدم» فالرؤية أمر عارض والأصل عدمه. فالأصل مع المشتري ولا تثبت الرؤية إلا بيقين أو بينة.

٦- قاعدة: «لا حجة مع الاحتمال الناشئ» عن دليل^(٣).

هذه القاعدة تنحصر على قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن كل من فعل فعلاً، ولم تتمكن التهمة في فعله نفذ فعله، أما إذا تمكنت التهمة في فعله لم ينفذ فعله، وحكم بفساد فعله؛ لأن التهمة في فعله شك في فساده، والاحتمال المستند إلى دليل يقين. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ٥٩.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لملي حيدر ٢٦/١.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٧٢/٢. وينبغي ملاحظة أن المسائل المستندة من أي قاعدة يمكن أن تخرج بعدم تحقق الضابط فيها، أو بالتدريج تحت قاعدة أخرى أوجب التعارض فلزم الترجيح.

(٤) بتصرف من درر الحكام شرح المجلد ٢٦/١.

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٨٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٠٢/٤.

(٣) مجلة الأحكام مادة (٧٣).

الحجة البرهان الذي يدل على صحة الدعوى^(١). والاحتمال هو الإمكان الذهني للشيء^(٢). والدليل هنا ما كان موصلاً إلى علم أو ظن، فيشمل الأمارات والعلامات وظاهر الحال وغيرها^(٣).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه لاحجة مقبولة أو مفيدة مع الاحتمال الذي ينشأ عن دليل ظني أو قطعي بوجود تهمة^(٤). وبعبارة أخرى أن كل حجة عارضها احتمال مستند إلى دليل يجعلها غير معتبرة. أما الاحتمال الذي لا يستند إلى دليل فهو بمنزلة العدم. وأصل هذه القاعدة في كتاب تأسيس النظر للدبوسي، حيث قال: «إن التهمة إذا تمكنت من فعل الفاعل حكم بفساد فعله»^(٥).

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: لو أقر شخص في مرض موته لبعض ورثته بدين لا يصح إقراره إلا بتصديق باقي الورثة لاحتمال محاباة بعض الورثة، وهو احتمال قوي تدل عليه حالة المرض. أما الإقرار في حالة الصحة فيصح؛ لأن احتمال المحاباة ضعيف، وهو نوع من التوهم لا يمنع صحة الإقرار بالدين^(٦).

ومنها: لا تقبل شهادة الزوجين، وشهادة الأصول والفروع بعضهم لبعض لتمكن التهمة الناشئة عن قرابة بعضهم لبعض، مما يدفعهم إلى التحزب^(٧).

(١) التعريفات للجرجاني ص ١١٢.

(٢) المرجع السابق ص ٢٦.

(٣) شرح المجلة للاتاسي ٢٠٥/١.

(٤) الوجيز في قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ٢١٦.

(٥) تأسيس النظر للدبوسي ص ٢٧.

(٦) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٢١٢.

(٧) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٧٦/٢.

٧- قاعدة: «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح».

هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن دلالة التصريح يقينية ودلالة القرائن والحال محل شك. فالتصريح يقدم على الدلالة عند التعارض لأنه أقوى منها. ومجال هذه القاعدة الأحكام المتعلقة بالتعبير عن الإرادة من إيجاب وقبول وإذن ومنع ورضا ورفض وغير ذلك. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثنياتها:

أ- معنى القاعدة:

الدلالة هي: كون الشيء بحالة يلزم منه العلم به العلم بشيء آخر^(١). وتستفاد عن طريق الحال أو العرف أو الإشارة أو اليد أو السكوت أو غير ذلك. فلو أن شخصاً دخل دار إنسان بإذنه فوجد على المائدة كأساً فيه ماء، فشرب ووقعت الكأس من يده أثناء الشرب فانكسرت فلا يضمن؛ لأن دلالة الحال تدل على أنه مأذون له باستخدام الكأس. ويسمى اللفظ الذي يكون به التصريح صريحاً، وهو: «اللفظ الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بنبأ وتاماً ومعتاداً»^(٢). وعرفه الجرجاني بأنه: «اسم الكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال حقيقة كان أو مجازاً»^(٣). وبناء عليه إذا منع داخل الدار عن الشرب من الكأس صراحة وانكسرت يضمن؛ لأن التصريح لم يبق اعتباراً لدلالة الحال.

فالمعنى الإجمالي للقاعدة: أن دلالة التصريح أقوى من دلالة الحال عند التعارض سواء أكان التصريح قولاً أم كتابة وتقدم عليها. وعند عدم التعارض يعمل بدلالة الحال لأنها في حكم التصريح.

(١) التعريفات للجرجاني ص ١٤١.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٨/١.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ١٧٤.

من تطبيقات هذه القاعدة يجوز للبائع حبس المبيع لقبض الثمن، فلو قبض المشتري المبيع، ورآه البائع وسكت كان إذنًا بالقبض، ولو نهاء صراحة فلا يعتبر إذنًا بالقبض؛ لأن التصريح أقوى من الدلالة^(١).

ومنها: لو تُصدق على إنسان فسكت يثبت له الملك، ولا حاجة إلى قوله: قبلت، لكن لو صرح بالرد والرفض لا يملك؛ لأن الصريح أقوى من الدلالة^(٢).

ومنها: لو دخل شخص إلى حانوت عرضت فيه أشياء سوم نظر المشتري، فأخذ منها شيئاً لينظره فسقط من يده بدون تعد منه ولا تقصير فهلك لا ضمان عليه؛ لأن حالة العرض لسوم النظر دلالة على الإذن بأخذه للنظر في شرائه. بخلاف ما إذا نهاء البائع عن أخذه، أو كتب عبارة: «يمنع اللمس» فأخذه المشتري فوقع من يده فانكسر؛ فإن عليه الضمان، ولو لم يكن مقصراً ولا متعدياً؛ لأن الإذن بالأخذ دلالة سقط بالنهاي الصريح المعارض لهذه الدلالة^(٣).

ج- مستثنيات القاعدة.

الدلالة في بعض الحالات قد تكون أقوى من دلالة الصريح، ويثبت بها ما لا يثبت بالتصريح ومن ذلك: إذا اشترى شيئاً، ثم اطلع على عيب فيه، فاستعمله استعمالاً يدل على الرضا بالعيب وهو يصرح بعدم الرضا؛ فإنه يلزمه البيع ولا يقبل منه تصريحه بعدم الرضا^(٤).

ومنها: لو أن رجلاً طلق زوجته ثم راجعها، فأنت بولد لسنة أشهر بعد الرجعة، فأنكر الرجل نسب هذا الولد إليه لأنه لم يجامعها منذ مراجعتها. فينسب إليه عملاً بدلالة الشرع وهي: «الولد للفراش» وهي أقوى من التصريح^(١).

ومنها: لو اشترى شخص حيواناً، ثم عرضه للبيع، فقال لمن يساومه عليه: اشتره لا عيب فيه. ولم يتم البيع بينهما. ثم وجد به عيباً فله رده على البائع الأول، ولا يمنعه قوله لمن ساومه: «لا عيب فيه» لأن كلامه هذا مجاز عن الترويج لظهور أنه لا يخلو عن عيب، فتبين بأن ظاهر إقراره غير مراد^(٢).

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «اليقين لا يزول بالشك».

١ - قاعدة: «لا عبرة للتوهم»^(٣).

الأصل في حكم اليقين الثبات والاستمرار عملاً بقاعدة: «ما ثبت يبين لا يرتفع إلا يبين»^(٤) فلا يرتفع بطروء الشك عليه ولا بطروء التوهم؛ لأنهما أضعف من اليقين. فالتوهم هو الاحتمال العقلي الذي لا تدل عليه قرينة ولا يصحبه مرجح، فلا يقوى على تغيير حكم اليقين، ولا يبنى عليه حكم أصلاً.

ومن الأمثلة على التوهم الذي لا يقوى على تغيير الحكم اليقيني: إذا أدلى الشكاف بشهادتهم فإنه يعمل بمقتضاها، ولا عبرة بتوهم الخطأ واحتماله. وكذلك إذا توفى شخص عن عدد معروف من الورثة فتقسم التركة بينهم، ولا تؤخر لتوهم وجود عدد آخر من الورثة.

(١) شرح قواعد الخادمي للقرق أغايجي ص ١٤، وشرح المجلة للاتاسي ص ٤٠، نقلاً عن القواعد الفقهية للسدلان ص ١٨٠.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٩٥.

(٣) الأنبياء والنظائر للسيوطي ص ٥٥، والأنبياء والنظائر لابن نجيم ص ٥٩، ومجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٤).

(٤) الأنبياء والنظائر للسيوطي ص ٥٥.

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية لمدير القاضي ٧٢/١.

(٢) قواعد الخادمي ص ٣٢٨، نقلاً عن القواعد الفقهية للسدلان ص ١٧٨.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لمدير القاضي ٧٣/١.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٩٥.

هذه القاعدة كسابقتها تقيد الظن بالراجح لتغيير حكم اليقين. فالظن الظاهر خطؤه لا يقوى على تغيير حكم اليقين، ولا يبنى عليه حكم أصلاً.

ومن الأمثلة على الظن البين خطؤه: إذا دفع المدين لدائنه ما عليه من دين، ثم دفعه عنه وكيله أو كفيله ظناً منه أن الدين لم يدفع بعد، فإن للمدين أو الوكيل أو الكفيل استرداد مادفع ثانياً لأنه إنما كان بناء على الظن ببقاء الدين في الذمة. فلما تبين خطأ هذا الظن سقط العمل به. وهكذا في سائر العقود والتصرفات والالتزامات التي ينشئها الشخص بناء على الظن فإنها تبطل إذا تحققت خطأ هذا الظن؛ وكذلك إذا ظن المصلي أن الوقت قد دخل فصله، ثم بان أن الوقت لم يدخل لم تجزئ تلك الصلاة، وعليه الإعادة بعد دخول الوقت^(٢).

المبحث الثالث

فقه قاعدة: «الضرر يزال»

إن قاعدة: «الضرر يزال» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي إذ يبنى عليها كثير من أبواب الفقه^(١). ولعلها تتضمن نصف الفقه؛ فإن الأحكام إما لجلب مصلحة أو لدفع مضرة. ويدخل فيها ما يتعلق بالضروريات الخمس: وهي حفظ الدين والنفس والعقل والعرض (النسب) والمال. وهي ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقديرها بدفع المفساد أو تخفيفها^(٢). كما تدخل فيها كثير من القواعد الفقهية الفرعية مثل: «الضرر يدفع بقدر الإمكان» و«الضرر لا يزال بمثله». ومن أبواب الفقه التي تدخل فيها رد المعيب في البيع، وإثبات الخيار للمشتري عند إخلال الصفات المشروطة، وفسخ النكاح بالعيوب، وباب التفليس، والحجر والشفعة والضمان، والقصاص والحدود وأرش الجنايات، ووجوب تنصيب الإمام والجهد، والقسمة، والتداوي بالنجاسات وغير ذلك^(٣). وقد عد كثير من العلماء الحديث الذي اشتقت منه القاعدة وهو: «لا ضرر ولا ضرار»^(٤) من الأحاديث التي يُبنى عليها الإسلام. وسوف يشتمل فقه القاعدة على الأمور التالية:

١- معنى القاعدة.

٢- تأصيل القاعدة.

٣- تحليل القاعدة.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ٨٦.

(٢) شرح الكوكب المنير للفتوح ص ٣٩٠.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب ٣٧٦/٢.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب (١٧)، ٧٨٤/٢. وقال الألباني: يرتقي إلى درجة الصحيح بكثرة طرقه.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٥٧، والأشياء لابن نجيم ص ١٦١، مجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٢).

(٢) قواعد الفقه الإسلامي للروكي، ص ١٩٥.

وفيما يلي بيان لذلك:

المطلب الأول: معنى قاعدة: «الضرر يزال»

قبل بيان عناصر هذه القاعدة لابد من بيان معناها من حيث مفرداتها والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها.

أولاً: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة.

١- الضرر.

الضرر في اللغة: مأخوذ من ضرّ، فيقال: ضرّه يضرّه ضرّاً. وهو يرجع في أصل اللغة إلى ثلاثة معانٍ وهي: خلاف النفع، واجتماع الشيء، والقوة. فمن الأول: الضرر بمعنى الهزال، والضرّة، والضرير الذي به ضرر من عينه. ومن الثاني (اجتماع الشيء) شاة ضرة أي ذات لبن، وضرة الإبهام أي اللحم المجتمع تحتها. والمضرّ الذي له ضرة من مال وهو من صفة المال الكثير. ومن الثالث (القوة) الضرير، وهو قوي النفس. فيقال: فلان ذو ضرير على الشيء إذا كان ذا صبر ومقاومة^(١).

والضرر في الاصطلاح: «الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً»^(٢). فالمصلحة هي محل وقوع الضرر وهي: «المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لبيادته من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها»^(٣).

٢- الإزالة.

الإزالة من زول، فيقال: زال يزول زوالاً. وهي ترجع في أصل اللغة إلى تحيى الشيء عن مكانه. ومنه زالت الشمس عن كبد السماء. ويقال أزلته عن المكان وزولته^(١). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للإزالة عن المعنى الاصطلاحي لها. فقال صاحباً معجم لغة الفقهاء: «الإزالة التنحية والإذهاب»^(٢).

ويستعمل في معنى الإزالة «الدفع»: وهو في اللغة يدل على تنحية الشيء من مكانه، فيقال: دفعت الشيء أدفعه دفعاً. والمدفع الفقير الذي يدفعه الناس عند سؤاله^(٣). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للدفع عن المعنى اللغوي له، ولذلك قال صاحب المغرب: الدفع معروف^(٤).

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

هذه القاعدة من جوامع الأحكام، وهي أساس لمنع الفعل الضار عن النفس والغير. وهي توجب دفع الضرر قبل وقوعه وبعده، لأن الوقاية خير من العلاج، فإذا وقع وجبت إزالته وترميم آثاره. فشرع الجهاد لمقاومة الأعداء ووجبت العقوبة لقمع الإجرام، وشرعت الشفاعة لدفع ضرر الجار أو الشريك.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الضرر يزال»

تستند هذه القاعدة إلى نصوص كثيرة في القرآن والسنة وآثار السلف الصالح من الصحابة والتابعين وأتباعهم، كما تستند إلى الإجماع. وفيما يلي بيان لتلك الأدلة:

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣٨١، المصباح المنير للفيومي ص٣٥٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلمجي وقتبي ص٥٦.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٢٨٨، المصباح المنير للفيومي ص٢٦٦.

(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ص١٦٦.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣٦٠، المصباح المنير للفيومي ٤٩٢، المفردات للراغب ص٢٩٣.

(٢) الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد مواني ٩٧/١.

(٣) ضوابط المصلحة للبوطي ص ٢٣.

ثالثاً: نصوص من الآثار.

١- عن علي رضي الله عنه أن رجلين جاءا إليه ليشهدا على رجل بالسرقة فقطعه علي رضي الله عنه ثم أتياه بآخر فقالا هذا الذي سرق وأخطأ في الأول. فلم يجز شهادتهما على الآخر، وأغرمهما الدية الأول (أي دية البد المقتطوعة) وقال: «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»^(١) فهو يدل على أن خطأ الشهود في شهادتهم يعتبر سبباً في الضرر ويوجب الضمان^(٢).

٢- روي عن معاوية بن أبي سفيان: «أنه أُنِيَ بمجنون قتل رجلاً، فكتب إليه معاوية أن أعقله، ولا تُقد منه، فإنه ليس على مجنون قود»^(٣) فهو يدل على أن المجنون مسؤول في ماله إذا صدر منه فعل ضار: كالقتل فإنه يتحمل الدية من ماله؛ لأن فعله من غير قصد يشبه قتل الخطأ، وقتل الخطأ يختص بالعقل دون القصاص^(٤).

٣- وروي عن علي رضي الله عنه: «أنه ضمن الغسال والصباغ». وقال لا يصلح الناس إلا بذلك»^(٥). فقد ضمنه ما يتلف بعمله أو ما يضع عنده. وهذا استحسان على خلاف القواعد القياسية؛ لأن هؤلاء أجراء. والأجير لا يضمن إلا بالتعدي على الأمانة أو التقصير في حفظهما^(٦).

رابعاً: الإجماع.

أجمع العلماء على تحريم أكل أموال الناس بالباطل، كما أجمعوا على تحريم الدماء إلا بحقها، كما أجمعوا على تحريم الأغراض. وقد قررت الشريعة الإسلامية حفظ هذه

مخصص. أما التقييد بالشرع فلأن الضرر بحكم القدر الإلهي لا يتنفي. وأما استثناء لحوق الضرر بموجب خاص فلأن الحدود والعقوبات ضرر لاحق بأهلها وهو مشروع بالإجماع، وإنما كان ذلك دليلاً خاصاً^(١).

٢- وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»^(٢) فهو يدل على عدم إلحاق الضرر بالغير.

٣- وقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣) فالحدث يدل على وجوب رد المقبوض من مال الغير، ولا يبرأ إلا بمصيره إلى مالكه أو من يقوم مقامه. ويدخل في ذلك الغصب والوديعة والعارية^(٤). فالغاصب المعتدي على مال الغير يبقى مسئولاً عن أخذه المال حتى يرده إلى مالكه، وفي ذلك رفع للضرر.

٤- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه قال: «من تطلب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن»^(٥) فهو يدل على تضمين المتطلب ما أتلفه من نفس فما دونها سواء أصاب بالسراية أم بالمباشرة وسواء كان عمداً أو خطأ. لأن التطيب تكلف الطب ولم يكن طبيباً. فالمتطلب من ليس له خبرة بالعلاج^(٦). وقد عكّب الشاطبي على بعض أنواع الأدلة الواردة في القرآن بقوله: «فإن الأدلة قد تأتي في معان مختلفة، ولكن يشملها معنى واحد شبه بالأمر في المصالح المرسلة... فتأتي السنة بمقتضى ذلك المعنى الواحد، فيعلم أو يظن أن ذلك المعنى مأخوذ من مجموع تلك الأفراد بناء على صحة الدليل الدال على أن السنة إنما جاءت مبنية للكتاب، ومثال هذا الوجه طلب معنى قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٧).

(١) شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار» للطوفي ملحق بكتاب المصلحة في التشريع الإسلامي لمصطفى زيد ص ٢٠٦.

(٢) سنن الترمذي، كتاب البر والصلة، باب (١٨)، ٣٢٥/٤. وقال حسن غريب.

(٣) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب (٣٩)، ٥٦٦/٣. وقال: حسن صحيح.

(٤) فتح الملام لنور حسن خان ٥٢/٢.

(٥) أخرجه الدارقطني وصححه الحاكم (سبل السلام ٢٥٠/٣).

(٦) سبل السلام ٢٥٠/٣، فتح الملام لنور حسن خان ٢٥٠/٢.

(٧) الموافقات للشاطبي ٤٧/٤.

- (١) صحيح البخاري، كتاب الديات، باب (٢١) ٤٢/٨.
- (٢) الفعل الضار والضمان فيه لمصطفى أحمد الزرقاء ص ٤٠.
- (٣) الموطأ مع تنوير الحوالك للسيوطي ١٨٢/٢.
- (٤) المتنق للبايجي ٧١/٧.
- (٥) تكملة المجموع للمطيعي ٥٧١/١٣.
- (٦) الفعل الضار للزرقاء ص ٥٢.

الضروريات ومنعت من أي اعتداء عليها، وشرعت من الأحكام ما يرتب المسؤولية على المعتدي عليها ويلزمه بترميم الآثار الناجمة عن اعتدائه. هذا ما قرره كثير من العلماء منهم ابن قدامة وابن تيمية والشاطبي وغيرهم^(١). حيث قال الشاطبي في حديث: «لا ضرر ولا ضرار»: «إنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار ميثوث منعه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات. ومنه النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض وعن الغصب والظلم وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرر، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال فهو معنى في غاية العموم لامرأه فيه ولا شك»^(٢).

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الضرر يزال»

إن قاعدة: «الضرر يزال» تتكون من العناصر التالية: الموضوع: وهو الضرر، والحكم الكلي: وهو وجوب إزالة الضرر، ومناط الحكم، والمقصد الشرعي من هذه القاعدة.

أولاً: موضوع القاعدة.

موضوع قاعدة: «الضرر يزال» هو الضرر أو الفعل الضار. وهو يتنوع - باعتبار محله - إلى ضرر يتعلق بالدين والنفس والعقل والعرض (النسب) والمال. كما يتنوع - باعتبار دور فاعله - إلى ضرر بالباشرة: وهو فعل الضرر من غير واسطة: كالمباشر للقتل وبعبارة أخرى: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف: كما لو ضرب غيره فمات. وعرفته المجلة بأنه: «إتلاف الشيء بالذات»^(٣) والنوع الثاني: ضرر بالنسب: وهو أن يكون الإنسان سبباً في حصول ضرر لغيره^(٤). وبعبارة أخرى أن يتصل أثر فعل

الإنسان بغيره لا حقيقة فعله، فيتلعب به: كمن حفر بئراً، فجهاد إنسان ووقع فيه فمات. وعرفته المجلة بأنه: «إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جرى العادة»^(١) ويتنوع الضرر - باعتبار هيئته - إلى ضرر مادي: كالضرب والقتل وسرقة الأموال وغير ذلك، وضرر معنوي أو أدبي: كالتعدي على الغير في حرته أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو غير ذلك.

ولإعمال قاعدة: «الضرر يزال» يشترط في الضرر عدة شروط وهي:

١ - أن يكون الضرر محققاً.

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الضرر الذي بُنِيَ عليه الأحكام أن يكون محققاً في الحال أو المستقبل، فلا بُنِيَ الأحكام على ضرر موهوم أو نادر الحصول عملاً بقاعدة: «لا عبرة للتوهم» المتفرعة من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» فلا يقال: إن كثرة إنجاب النسل يترتب عليه ضرر بالغ في الاقتصاد الوطني فهذا ضرر موهوم^(٢)؛ لأن الله تعالى أودع في الأرض من الكنوز والموارد ما يكفي حاجة الإنسان ومتطلباته وذلك إذا أحسن توظيف الأيدي العاملة والعقول المفكرة وتمت مراقبة الله وتقواه في هذه الموارد، كما قال تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّ أَهْلَ الْقُرَىٰ آمَنُوا وَأَتَمَّوْا لَفَتَحْنَا عَلَيْهِم بَرَكَاتٍ مِّنَ السَّمَاءِ وَالأَرْضِ وَلَكِن كَذَّبُوا فَأَخَذْنَاهُم بِمَا كَانُوا يَكْسِبُونَ﴾ [الأعراف: ٩٦].

ومن الأمثلة على الضرر النادر الحصول بناء الشخص جداراً في أرضه فادعى جاره أنه يحجب عنه الهواء، فلا يكون ذلك ضرراً مطلقاً بالمصلحة المشروعة؛ لأنه لا يقع حجب الهواء وإذا وقع كان نادراً^(٣).

فالعبرة في الضرر كثرة الحصول. أما إذا كان الضرر مظنوناً أو غالباً فهل بُنِيَ عليه الأحكام أم لا؟ ومن الأمثلة التوضيحية للضرر الغالب بيع العنب لمن عرف بعصره خمرًا، وبيع الحديد والنحاس لأهل الحرب خشية تصنيع السلاح منه.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨٨٨).

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٣٥، الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٢/٧٢٣.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤/٣٥.

(١) المغني لابن قدامة ٧/٦٣٥، مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٤/٨٦.

(٢) الموافقات للشاطبي ١٣/١٧-١٨.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨٨٧).

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلنجي وقتبي ص ١٢٩.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب المالكية والحنابلة إلى اعتبار الضرر الغالب أو المظنون؛ لأن الظن الغالب يجري مجرى العلم في الأحكام، ولأنه داخل في التعاون على الإثم والعدوان المنهي عنه، كما تؤيده قاعدة: «سد الذرائع» في الشريعة الإسلامية^(١).

القول الثاني: ذهب الحنفية والشافعية إلى عدم اعتبار الضرر الغالب أو المظنون في جميع الأحوال، فيصحون بيع العنب لمن يعرف بعصره خمرأً وبيع الحديد والنحاس لأهل الحرب مع الكراهة. لأن المشتري قد لا يعصى الله بما اشتراه^(٢).

والراجح هو القول الأول من اعتبار الضرر المظنون أو الغالب ضرراً مخالفاً بالمصلحة، فيمنع مراعاة لمقاصد الشريعة في منع الضرر ومنع فتح أبوابه.

٢- أن يكون الضرر فاحشاً.

يشترط في الضرر الذي تبني عليه الأحكام أن يكون مقداره كبيراً أو فاحشاً، فلا يعتد بالضرر اليسير كما لا يعتد بالغرر اليسير. والعبرة في تحديد الكبير واليسير إلى العرف والعادة^(٣). وهذا مما يحقق مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على مسايرة التطورات والأعراف.

٣- أن يكون الضرر يغير حق.

يشترط في الضرر الذي تبني عليه الأحكام أن يكون إخلاله بالمصلحة المشروعة يغير حق: كالتعدي والتعسف والإهمال. ومن التصرفات التي لا تعد ضرراً من الوجهة الشرعية لكونها حاصلة بمقتضى إقامة القصاص والحدود على أهلها، وكذلك التعازير والظفر بالحق ودفع الصائل الذي يعتدي على غيره ولو أدى إلى قتله.

ولكي نحكم على الضرر أنه يغير حق ومخل بالمصلحة المشروعة لابد أن نتحقق من وجود التعدي أو التعسف أو الإهمال. وللتحقق من ذلك لابد من بيان حدود كل منها على حدة. وفيما يلي بيان للتعدي والتعسف والإهمال.

أ- التعدي.

التعدي لغة: الظلم ومجاوزة الحد، ومجاوزة الشيء إلى غيره

وقال ابن فارس: «تجاوز ما ينهني أن يقتصر عليه»^(١).

والتعدي في الاصطلاح: «إضرار بالغير بغير حق»^(٢).

ويذكره الفقهاء في التعدي على الأنفس بالقتل أو الجرح أو إتلاف المنافع، والتعدي على الأموال بالنصب والإتلاف، وتعدي الأمين في الوديعة وغير ذلك^(٣). ويستعمل التعدي للدلالة على علة معان منها: ^(٤)

المعنى الأول: العمل المحظور في ذاته شرعاً: كالانتحار والقتل للغير.

والمعنى الثاني: المجاوزة إلى حق الغير أو ملكه المعصوم.

والمعنى الثالث: الإهمال والتقصير في الاحتياط والتعنت وسوء الفصد عند استعمال الحق.

ونخلص من هذا إلى ضابطتين للتعدي هما: ^(٥)

الضابط الأول: أن يكون الفعل غير مشروع في ذاته، سواء تعلق بنفس الفاعل أو بغيره.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٤٩/٤.

(٢) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٤٦٨/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٨٠٣/٢.

(٥) المرجع السابق.

(١) حاشية الدسوقي ٧/٣، الفروع لابن مفلح ٤٢/٤.

(٢) بدائع الصنائع للكاظمي ٢٢٣/٥، المجموع للنووي ٣٥٤/٩.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٣٢٢/٧.

والضابط الثاني: أن يقصد الإضرار من الفعل، أو مظنة قصد الإضرار المستفادة من القرائن، أو الإهمال والتقصير في بذل العناية الواجبة: كمن يوقد ناراً في ملكه وينام.

ب- التعسف:

التعسف لغة: من عسف يعسف عسفاً: الأخذ بقوة: قال الخليل «العسف: ركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مغازة من غير قصد ومنه التعسف»^(١).

والتعسف في الاصطلاح: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»^(٢) والمقصود بمناقضة قصد الشارع: المضادة. وهي إما أن تكون مقصودة بأن تكون في القصد المضاد لقصد الشارع: كبيع العينة للتوصل إلى الربا، وإما أن يكون في الفعل الذي ظاهرة الجواز، ولكنه يفضي إلى ما هو محرم: كهبة المال إلى قريب له لإسقاط الزكاة وغير ذلك مما يدخل في الحيل التي تهدم مقصد الشارع. وبذلك يكون التعسف أحد السبل المؤدية إلى الضرر. وهو داخل في التعدي بالمعنى العام وبناء على ذلك يمكن أن نخلص إلى ضابطين في التعسف وهما:^(٣)

الضابط الأول: ذاتي أو شخصي لأنه ينظر فيه إلى العوامل النفسية التي تحرك الإرادة إلى التصرف من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

والضابط الثاني: موضوعي يعتمد على أمور مادية ترجع إلى مدى التناسب بين ما يُجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة. ووسيلة ذلك الموازنة والمقارنة. فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل.

ج- الإهمال.

الإهمال لغة: من همل الدمع همولاً وهملاتاً جرى، وهملت الماشية سرحت بغير راع فهي هاملة. فالإهمال لغة ترك الشيء بغير عناية^(٤). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي

للإهمال عن المعنى اللغوي له^(١). فهو بمعنى التقصير في النظر للأمور به، وعدم بذل العناية والاحتياط الواجبين على الإنسان عند استعماله السلطة المخولة بمقتضى الحق، مما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بالتعدي^(٢). ويرجع في بيان حد الإهمال إلى العرف والمادة، كما أشار إلى ذلك كل من الشافعية والحنابلة^(٣).

٤- أن يكون الضرر مخلاً بمصلحة مشروعة.

يشترط في الضرر الذي تنبئ عليه الأحكام أن يكون مخلاً بمصلحة مشروعة في الأصل: كافتاء السيارة والثوب والبيت وغير ذلك، وأما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعتبر الضرر الذي يقع عليها: كإتلاف خمر لمسلم، وإتلاف آلات اللهو المحرمة وغير ذلك^(٤).

٥- أن يكون الضرر مخلاً بمصلحة مستحقة للمتضرر بأي وجه من وجوه الاستحقاق، ولذا إذا كانت غير مستحقة للمتضرر؛ لم يعتبر الإخلال بها ضرراً: كمن بنى في أرض الغير بدون وجه حق فإن البناء يزال ولا يضمن صاحب الأرض قيمة البناء المهدوم^(٥).

ثانياً: حكم القاعدة الكلية وهو وجوب إزالة الضرر.

حكم قاعدة: «الضرر يزال» وجوب إزالته، لأن الإخيار في كلام الفقهاء للوجوب^(١). وهو يتضمن حكمتين. الأولى: وجوب رفع الضرر قبل وقوعه. والثاني: وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه.

(١) موسوعة الفقه الإسلامي الكويتية ١٦٧/٧، معجم المصطلحات الفقهية لمحمود عبد المنعم ٣٣٢/١.

(٢) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٨٤٩/٢.

(٣) حاشية البجيرمي ١٩٨/٣، المغني لابن قدامة ٧١٩/٥.

(٤) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٨٥٩/٢.

(٥) المرجع السابق.

(٦) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٢٥.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣١١/٤، المصباح المنير للفيومي ص ٥٦٠.

(٢) التعسف في استعمال الحق للغبيني ص ٨٠.

(٣) الضرر في الفقه الإسلامي لموافي ٨٢٩/٢.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ٨٨١.

١- وجوب رفع الضرر قبل وقوعه.

إن الشريعة الإسلامية قررت قاعدة عظيمة وهي: «سد الذرائع» وقد اتفق الفقهاء على أصل هذه القاعدة باعتبار أنها تعمل في نطاق قطع المضار؛ لأن معنى سد الذرائع غلق جميع المنافذ المؤدية إلى المضار. وقد تضافرت الأدلة على سد منافذ المضار. وتمثل هذه القاعدة الدور الوقائي، إذ تنظر إلي مآل تصرف الإنسان إذا تمنعه إذا ترتبت عليه مضرة أو مفسدة، ولو كان التصرف في ذاته مباحاً.

٢- وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه.

إذا وقع الضرر على إنسان فتجب إزالته وترميم آثاره؛ لأن الضرر ظلم وغدر، وإقرار الظالم على ظلمه وغدره لا يجوز^(١). وإزالة الضرر إما أن تكون بإزالة عينه، وإما بالتعويض عنه وهو المسمى بالضمان، وإما بإيقاع العقوبة على الفاعل من قصاص وحدود وتعزير. وفيما يلي بيان لذلك.

أ- إزالة عين الضرر.

تجب إزالة عين الضرر فيما لو أمكن ذلك، والضرر الذي تجب إزالة عينه إما أن يكون فعلاً: كأن يبنى الرجل في بيته تنوراً للخبز فيؤذي جيرانه، وكذلك لو وضع مطحنة في بيته فإنه تجب إزالة عين التنور والمطحنة لرفع الضرر عن الجيران^(٢). وإما أن يكون الضرر قولاً: كتصرف صادر من إرادتين أو طرفين: كعقد البيع أو الإجارة إذا كانا فاسدين فإنهما يفسخان لمنع ترتب آثارهما عليهما. وتصرف صادر من إرادة واحدة كالإبراء والطلاق والتنازل عن حق الشفعة إذا كان فاسداً، فإنه يفسد التصرف. ومن وسائل إزالة الضرر العيني في العقود الخيارات التي شرعها الإسلام. وفي حالة ما إذا كان مصدر الضرر الامتناع عن فعل: كاحتكاك السلع لدى تاجر معين فإنه يجبر على الفعل ببيع السلعة المحتكرة^(٣).

ب- التعويض عن الضرر «الضمان».

الضمان لغة: من ضمنت المال ضماناً فانا ضامن وضمين التزمته. ويتعدى بالتضعيف فيقال ضمّنته المال أي ألزمته إياه^(١).

والضمان في الاصطلاح: «واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة»^(٢).

وبعبارة أخرى: «النزام بتعويض مالي عن ضرر للغير»^(٣).

وقد قررت الشريعة الإسلامية للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم الضمان جبراً للضرر وقمعاً للعدوان وجرماً للمعتدين في كثير من آيات القرآن الكريم وأحاديث النبي ﷺ ومن ذلك قوله تعالى: «مَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ» [البقرة: ١٩٤] وقوله تعالى: «وَحَرِّدُوا صِبْيَتَهُ سَبْتَهُ بِمِثْلِهِ» [الشورى: ٤٠] وقوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها التي ألفت قصعة الطعام فكسرتها: «طعام بطعام وإناء بإناء»^(٤).

ج- إيقاع العقوبة على الفاعل من قصاص وحدود وتعازير.

إذا كان الضرر يمثل جنابة حدية من قصاص أو حدود عوقب بالحد الذي حدده الشارع لها فيقتل القاتل عمداً، ويجلد الزاني غير المحصن وتقطع يد السارق. أما إذا كان الضرر يمثل جنابة دون ما يجب فيها الحد فإن الفاعل للضرر يعاقب بالتعزير، ويرجع في تحديده إلى تقدير الحاكم أو القاضي.

هذه الأنواع الثلاثة من إزالة الضرر قد توقع منفردة بالنسبة لبعض الأضرار، وقد تجتمع في بعضها كما في الغصب، فإن الناصب يقضى عليه برد ما غصب، وضمان ما نقص منه، ويعزر على جنابة الغصب^(٥).

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٤٩٧.

(٢) الوجيز للزواي ١/٢٠٨.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٣٢.

(٤) مسند أحمد بن حنبل ٦/٢٧٧.

(٥) جواهر الإكليل ٢/١٤٨، ومواهب الجليل للحطاب ٥/٢٧٤.

(١) الضرر في الفقه الاسلامي لمواي ٢/٩٣٥.

(٢) حاشية النسوي ٣/٣٦٩، والبهجة شرح النخبة ٢/٢٣٥، المنقلى للبايجي ٦/٦٠.

(٣) الفتاوى لابن تيمية ٢٨/٩٨، والطرق الحكيمة لابن القيم ٣٤٤.

ثالثاً: العلاقة بين الموضوع والحكم الكلي أو مناهض الحكم: هو درء المفاسد عن الناس وقد قرر الأمدي الإجماع على تعليل الشريعة بجلب المصالح ودرء المفاسد^(١). وقال الطوفي: «قد أجمع إلا من لا يعتد به من جامدي الظاهرية على تعليل الأحكام بالمصالح ودرء المفاسد»^(٢) وإذا كانت أحكام الشريعة معللة بجلب المصالح ودرء المفاسد، فإن إزالة الضرر تُعَلَّل بدرء المفاسد. كما قال الشاطبي في بيان المقاصد الضرورية: إنها لا بد منها. في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والتعيم والرجوع بالخسائر المبين. والحفظ لها يكون بأمرين: أحدهما: ما يقيم أركانها ويثبت قواعدها، وذلك مراعاتها من جانب الوجود، والثاني: ما يدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب عدم^(٣). ويؤيد ذلك ما ورد في آيات إزالة الضرر من التعبير عنه بالفساد.

رابعاً: المقصد الشرعي من هذه القاعدة.

المقصود الشرعي من هذه القاعدة نفي فكرة الظلم من عقول الناس؛ لأن الضرر ظلم. قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَفِيلاً عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾ إِنَّكَ بِعَرْنِهِمْ لَبَرٌ تَخْصُ فِيهِ الْأَنْصَارُ مُهْطِينَ مُقْبِعِي رُءُوسِهِمْ لَا يَرْتَدَّ إِلَيْهِمْ طَرْفُهُمْ وَأَنْقِذْهُمْ هَوَاءً وَأَذِيرِ الْكَافِرَ يَوْمَ يَأْتِيهِمُ الْفُتُوحُ الَّذِينَ ظَلَمُوا رَبَّنَا أَخْرِجْنَا إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ دَعَوْنَكَ وَرَسَّخِ الرُّسُلَ أَوَلَمْ تَكُونُوا أَنْتُمْ مِّن قَبْلَ مَا لَكُمْ مِّن رُّوَالٍ وَسَكَنْتُمْ فِي مَسْكَانٍ الَّذِينَ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ وَنَبَّيْنَا لَكُمْ كَيْفَ فَعَلْنَا بِهِمْ وَضَرَبْنَا لَكُمْ الْأَمْثَالَ ﴿إبراهيم: ٤٢-٤٥﴾ وقال تعالى: ﴿لِمَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الَّذِينَ يَنْظُرُونَ النَّاسُ﴾ [الشورى: ٤٢] وقال ﷺ فيما يرويه عن ربه تبارك وتعالى: «يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي، وجعلته بينكم محرماً فلا

(١) الأحكام في أصول الأحكام للأمدي ١٣٢/٢.

(٢) شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار» للطوفي ملحق بكتاب المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي لمصطفى زيد ص ٢١٥.

(٣) الموافقات للشاطبي ٨/٢.

تظالموا»^(١). وقد عدَّ الذهبي كثيراً من الأفعال الضارة من الظلم مثل الغصب وأكل مال اليتيم والمماطلة في قضاء الدين^(٢).

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «الضرر يزال».

ينبغي سابقاً أن هذه القاعدة ينشأ عليها كثير من أبواب الفقه، ولذلك فإن تطبيقاتها تفوق الحصر، وساكفتي بذكر بعضها.

١- للشريك الذي أُنْفَقَ على صيانة الملك المشترك حبس العين تحت تصرفه حتى يستوفي قيمه النفقات التي أنفقها^(٣).

٢- إذا سلب شخص ميزاب بيته على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال. وكذلك إذا تعدى على الطريق العام ببناء أو حفر بالوعة فإنه يزال. ويضمن المتعدى ما ألحقه بالغير من أضرار^(٤).

٣- إذا استقرض مبلغاً من النقود المتداولة فأبطل التعامل بها فعليه قيمة ما استقرضه. أما إذا لم يبطل التعامل بها، ولكن انخفضت قيمتها؛ فإرد مثلها؛ لأن رد القيمة يؤدي إلى الربا^(٥).

٤- إذا انتهت مدة عقد إيجار الأرض الزراعية قبل حصاد الزرع تبقى الأرض في يد المستاجر بأجرة المثل حتى يتم الحصاد منعاً لضرر المستاجر بقلع الزرع قبل أوانه^(٦).

٥- من أحدث في ملكه مذبغة جلود يتأذى منها الجيران بحيث لا يستطيعون السكنى في منازلهم بسبب الروائح الكريهة؛ فإنه يكلف بدفع الضرر بالطرق الممكنة^(٧).

(١) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، رقم (٥٥)، ١٩٩٤/٤.

(٢) الكبان للذهبي ص ١١٣.

(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لسليم رستم باز ص ١٩.

(٤) القواعد الفقهية للسدالان ص ٥٠٦.

(٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء (بتصرف) ص ١٢٥.

(٦) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٧٩/٢.

(٧) شرح مجلة الأحكام العدلية للقاضي ص ٨١.

٦- إذا ماطل المدين في قضاء ما عليه من دين فللقاضي أن يأمر ببيع أمواله لإيفاء الدين منعاً للضرر^(١).

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «الضرر يزال».

إن قاعدة: «الضرر يزال» تتداخل مع قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» كما قال ابن نجيم: «هذه القاعدة مع التي قبلها متحدة أو متداخلة»^(٢) ويترتب على ذلك كما قال الحموي: «أن تصدق كل واحدة منهما على ما تصدق عليه الأخرى»^(٣) كما يترتب عليه صلاحية دخول بعض القواعد الفرعية تحت القاعدتين كقاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» ويرجع هذا التداخل إلى أن كل قاعدة تعمل في نطاق الأخرى، فقاعدة: «الضرر يزال» نطاقها الضرر الواقع بالناس الذي هو في معنى الحرج والمشقة والضرورة. وتقضي القاعدة بإزالته، وقاعدة «المشقة تجلب التيسير» نطاقها المشقة والحرج والضيق وهي بمعنى الضرر وهذا يوحي بأنه لا فرق بين القاعدتين فلم أفردت كل واحدة بقاعدة؟ فالذي يدقق النظر يجد فروقاً: منها ما ذكره الجرجاني في بيان معنى الضرورة: «مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له»^(٤). فنطاق قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» المضار النازلة بالإنسان ولا يمكن دفعها وإزالتها، وتقضي التخفيف والتيسير في الأحكام. أما قاعدة: «الضرر يزال» فنطاقها المضار التي يلحقها الإنسان بنفسه أو غيره، ويمكن إزالتها ودفعها بإزالة عينها أو بالتعويض أو بالعقوبة. وسنقتصر في ذكر القواعد الفرعية المتعلقة بهذه القاعدة على ما يتعلق بنطاقها؛ وهو الضرر الذي يلحقه الإنسان بنفسه أو غيره، ويمكن دفعه بإزالة عينه، أو بالتعويض أو بالعقوبة أو بإمكانية تلافيه قبل وقوعه. ويمكن تقسيم القواعد المتعلقة بقاعدة: «الضرر يزال» إلى قسمين وهما القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة، والقواعد التي تمثل ضابطاً للقاعدة.

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة.

١- قاعدة: «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»^(١).

هذه القاعدة متفرعة من قاعدة: «الضرر يزال» وهي تعد أساساً لنظرية: «التعسف في استعمال الحق» وهي تنظم علاقة الجار بجاره. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

إن على الإنسان مراعاة حقوق غيره، فلا يلحق به ضرراً، فمن كان مالكاً لدار له أن يتصرف فيها أي تصرف شرعي بشرط عدم إلحاق ضرر بجاره.

ب- تطبيقات هذه القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا بني بيتاً وفتح فيه نوافذ بدون إذن جاره، وكانت تلك النوافذ تطل على نساء الجيران؛ فيجب سدها ولو كان لصاحبها مصلحة في فتحها؛ لأن درء المفساد أولى من جلب المصالح. ومنها: إذا حفر حفرة في أرضه من أجل البناء لكنها تؤدي إلى انهيار بيت الجار، فيجب إتخاذ الاحتياطات اللازمة للوقاية من ذلك^(٢). ومنها: حبس الأب لو امتنع عن الانفاق على ولده^(٣).

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٣٩٩/٤، نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠٧.

(٢) نظرية الضمان للزحيلي ص ٢٠٧.

(٣) الأنشاء والنظار لابن نجيم ٨٨.

(١) المرجع السابق.

(٢) الأنشاء والنظار لابن نجيم ٨٥.

(٣) غمز عين الضائر للحموي ٢٧٥/١.

(٤) التعريبات للجرجاني ص ١٨٠.

٢- قاعدة: «درء المفسدات أولى من جلب المصالح»^(١).

هذه القاعدة تنفر عن قاعدة: «الضرر يزال» لأنه عند الموازنة بين المصالح والمفاسد تعتبر المصالح إذا كانت غالبية تتقدم على المفاسد، وتقدم المفاسد إذا كانت غالبية. أما عند التساوي بين المصالح والمفاسد، فتقدم المفاسد على المصالح. أي يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

الدراء بمعنى الدفع، فيقال درأت الشيء درءاً من باب نفع دفعته. ودارأته بمعنى دافعته^(٢). وقد استعمله الفقهاء بهذا المعنى ومن ذلك: درء الحدود بالشبهات أي دفع إقامة الحدود لشبهة من الشبه المعتبرة شرعاً^(٣). والجلب: الإتيان بالشيء من موضع إلى موضع^(٤). والمصلحة بمعنى المنفعة. والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه إذا تعارضت المصالح والمفاسد في فعل شيء أو الكف عنه فإنه يقدم دفع المفاسد على جلب المصالح؛ لأن الشارع الكريم حرص على منع المنهيات، وأكد على ذلك أكثر من تأكيده على تحقيق المأمورات، لأن للمفاسد سرياناً وتوسعاً كالوباء والحريق، فمن الحكمة والحزم القضاء عليها في مهدها، ولو ترتب على ذلك حرمان من منافع أو تأخير لها^(٥). ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم»^(٦) قال النووي في شرحه: «هذا من قواعد الإسلام المهمة ومن جوامع الكلم التي أعطىها ﷺ، ويدخل فيه مالا يحصى من الأحكام»^(٧) واستدل به على أن اعتناء

الشرع بالمنهيات فوق اعتناؤه بالمأمورات، لأنه أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك، وفيد في المأمورات بقدر الطاقة.

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات القاعدة قطع اليد المتآكلة عند استواء الخوف من قطعها والخوف من إيقاعها^(٨).

٣- قاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان وعوي أعظمهما ضرراً بارتكاب أحفهما»^(٩).

هذه القاعدة تنفر عن قاعدة: «الضرر يزال» باعتبار أنه يوجد في القاعدة الفرعية دفع ضرر أعظم. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

في الموازنة بين المفاسد يتبع الفقيه معياراً مستمداً من القرآن الكريم. قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْفَحْرِ الْفَحْرِ قَاتِلْ فِيهِ قُلْ فِيهِ كِبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدَ الْأَحَرَّ وَالْأَهْلِيَّةِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفَسْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ٢١٧] فالقتال في الشهر الحرام مفسدة، والفتنة عن الإسلام مفسدة أعظم فارتكب أخف الضررين إذا لم يكن بد من فعل أحدهما. ويمثل ذلك المعيار فيما يلي:

١- عند اختلاف رتب المفاسد ترتب المفاسد المتعلقة بالتحسينات دفعاً لمفاسد الحاجيات والضروريات، وترتب مفاسد الحاجيات دفعاً لمفاسد الضروريات. ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «يختار أهون الضررين»^(١٠).

٢- وعند اتحاد رتب المفاسد كأن تكون المفسدتان متعلقين بالضروريات ترتب مفسدة المال دفعاً لمفاسد النسل أو مفاسد العقل أو مفاسد النفس أو مفاسد الدين.. وترتب مفاسد النسل دفعاً لمفاسد الثلاثة التي قبلها وهكذا.

- (١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص١٥١، القواعد الفقهية للسدلان ص٦٠
- (٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩.
- (٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٢٩).

- (١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٠
- (٢) المصباح المنير للفيومي ص٢٦٣، المفردات للراغب ص١٦٩.
- (٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي ونقيب ص٢٠٧.
- (٤) معجم مقاييس اللغة ٤٦٩/١.
- (٥) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٨٥/٢.
- (٦) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب (٢١)، ١٤٢/٨.
- (٧) شرح النووي على مسلم ١٠٢/٩.

٣- وعند اتحاد الرتبة والكلية ترتكب المفسدة الخاصة دفعاً للمفسدة العامة. ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»^(١). كما ترتكب المفسدة الجزئية دفعاً للمفسدة الكلية.

ب- تطبيقات هذه القاعدة.

إن من تطبيقات هذه القاعدة على المعيار الأول جواز الكذب في الحرب لدفع الهلاك عن النفس مع ما فيه من مفسدة تتعلق بالتحسينات. ومن تطبيقات المعيار الثاني: جواز إلقاء حمل السفينة من بضائع دفعاً لمفسدة هلاك نفوس الأدميين. ومن تطبيقات المعيار الثالث: التحاق الشخص بالخدمة العسكرية لحفظ كيان الأمة ودفع الهلاك عنها مع ما فيه من ضرر خاص على الفرد وأسرته.

٤- قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»^(٢).

هذه القاعدة تنفرع عن قاعدة: «الضرر يزال» لأنها تتعلق بدفع الضرر قبل وقوعه بكل الوسائل والإمكانات المتاحة، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفيد وجوب دفع الضرر قبل وقوعه قدر الإمكان، فالوقاية خير من العلاج. كما تفيد أنه إذا لم يمكن دفع الضرر بالكلية فيدفع بالقدر الممكن فلا يترك ولا يتجاوز فيه إلى أكثر من القدر الممكن الدفع به^(٣). فإن كان مما يمكن أن يقابل بعوض جدير به^(٤).

وتستند هذه القاعدة إلى أدلة رعاية المصالح المرسل وأدلة سد الذرائع. وكان الصحابة رضوان الله عليهم أكثر الناس استعمالاً لهذه القاعدة وأفضيتهم المتعلقة بالعقوبات والسياسة الشرعية خير شاهد على ذلك

ب- تطبيقات هذه القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: أن الجهاد شرع لدفع شر الأعداء. ووجبت العقوبات لقمع الإجرام وصيانة الأمن وردع المجرمين. ومنها: من غضب مالاً لأحد فهلك لزم تضمين الغاصب مثل المال إذا كان مثلياً وقيمته إذا كان قيمياً، ويراعى في القيمة يوم الغصب ومكانه. ولا يترك الضمان إذا انقطع المثل^(١). ومنها: شرع حق الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار. ومنها: جواز الحجر على المدين المفلس دفعاً للضرر عن الدائنين^(٢). ومنها: منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن أو وكيله^(٣).

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً في قاعدة: «الضرر يزال».

١- قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»^(٤).

إن هذه القاعدة تمثل قيداً في قاعدة: «الضرر يزال» فإذا كانت إزالة الضرر واجبة فلا يزال الضرر بضرر مثله أو أشد، وإنما ينبغي أن يزال الضرر بغير إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه^(٥).

ومن تطبيقات هذه القاعدة لا يجوز لمن أكره بالقتل على قتل غيره أن يقتل الغير بغير وجهه حق. ومنها: عدم جواز أكل المضطر إلى طعام أن يأكل طعام مضطر

(١) شرح مجلة الأحكام للقاضي ٩٠/١.

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٤٢٣/٣.

(٣) بحث للمؤلف عن منع المدين من السفر، مجلة دراسات بالجامعة الأردنية عدد (٢) مجلد (٢٢) سنة ١٩٩٥م.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٧.

(٥) الأشباه والنظائر لابن السبكي ص ٤١/١.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لملي حيدر مع المجلة ٣٧/١.

(٣) شرح مجلة الأحكام للقاضي ٩٠/١.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ١٥٣.

آخر^(١) ومنها: لا يجوز لأصحاب حرفة في سوق منع صاحب حرفة جديد بحجة أن اشتغاله بتلك الحرفة يؤدي إلى كساد عملهم^(٢).

٢- قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً».

إن هذه القاعدة تمثل ضابطاً للضرر الذي يزال، فتجب إزالته ولو كان قديماً قد سكت الناس عنه. وقد أشرت سابقاً إلى معنى هذه القاعدة وتطبيقاتها.

المبحث الرابع

فقه قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»

إن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» تعد من أمهات القواعد الفقهية، وهي واحدة من خمس أو ست قواعد عليها مدار الفقه والأصول، فهي أصل للتخفيفات المطلقة: كفروض الكفاية وسننها وبناء الأحكام على الظنون لمشقة الوصول إلى العلم اليقيني، ويخرج عليها رخص الشرع وتخفيفاته في جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ومناكحات وجنابات وأقضية وحقوق وغير ذلك. كما أن هذه القاعدة تعدّ مظهراً من مظاهر الوسطية في الإسلام وتكليف الناس بما يطيقون وعدم إعنائهم وتكليفهم بالأعمال الشاقة ورفع الحرج عنهم. ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة ومكانتها في الشريعة الإسلامية لابدّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد المتفرعة عنها.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

يتضمن هذا المطلب بيان مفردات القاعدة، والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها.

أولاً: مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة.

ساقصر على بيان معنى كل من المشقة والتيسير وما يتعلق بهما من ألفاظ وأما الجلب فقد بينت معناه عند بيان قاعدة: «درء المفسدات أولى من جلب المصالح».

١- المشقة.

المشقة لغة: من الشق، يقال شق الأمر علينا يشق من باب قتل فهو شاق، وانشق الشيء إذا انفرج فيه فرجة. وأصله في اللغة انصداع في الشيء، أو انخرام فيه. ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ إِلَى مَعَايِدِهِ أَأَنَا صَبِيَّةٌ أَلَمْ تَكُنْ مَرْثِيَةً لِّلْأَرْضِ شَقًّا﴾ [عبس: ٢٤-٢٦]

(١) الأنبياء والنظائر للسيوطي ص ٨٦.

(٢) شرح مجلة الأحكام للقاضي ٨٧/١.

وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَشَقَّتْ أَلْسِنَتُهُ لَمَّا كَذَبَ الْكَاذِبِينَ﴾ [الرحمن: ٣٧] وسميت المشقة بذلك، لأنها تؤدي إلى انكسار النفس والبذل بسبب الجهد والتعب والعناء والنقل^(١).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء عن المعنى اللغوي لها فقال صاحباً معجم لغة الفقهاء: «المشقة: العسر والعناء الخارجين عن حد العادة في الاحتمال»^(٢).

ومن الألفاظ ذات الصلة بالمشقة الحرج والضرورة والحاجة.

أ- الحرج.

الحرج لغة: الضيق، فيقال: صدر حرج، أي ضيق. ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُرِدْ أَنْ يُبْسِلَهُ بِحِمْلٍ صَدْرُهُ صَبِيحًا حَرْجًا﴾ [الأنعام: ١٢٥] وأصله في اللغة تجمع الشيء وضيقه. ومنه الحرج بمعنى الإثم^(٣).

والحرج في الاصطلاح: «ما فيه مشقة فوق المعتاد» فهو أخص من المشقة كما قال الشاطبي: «فما كان من معتادات المشقات في الأعمال فليس من الحرج لغة وشرعاً»^(٤).

ب- الضرورة.

الضرورة في اللغة: اسم من الاضطراب فيقال: اضطره إلى كذا بمعنى ألجأ إليه وليس له منه بد، وضره إلى كذا بمعنى ألجأه^(٥).

والضرورة في الاصطلاح: «بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول المحظور هلك أو قارب»^(٦). كالمضطر للأكل من الخنزير، بحيث لو بقي جائعاً هلك أو هزل أو مرض مرضاً شديداً. وهي أخص من المشقة.

ج- الحاجة.

الحاجة لغة: من الحوج وهو الاضطراب إلى الشيء، فيقال: حاج الرجل يحوج إذا احتاج^(١).

والحاجة في الاصطلاح: «ما يفتقر إليه من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب»^(٢) وبعبارة أخرى: «ما تكون حياة الإنسان دونها عسرة شديدة»^(٣). كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك ولم يقارب الهلاك غير أنه يكون في جهد ومشقة. فهي أدنى من الضرورة ولذلك لا تبيح ارتكاب الحرام^(٤).

٢-١

التيسير لغة: مصدر يسر وهو ضد العسر، وأصله في اللغة انفتاح شيء وخفته^(٥). ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٦] وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

والتيسير في الاصطلاح: موافق لمعناه اللغوي فقد استعمله الفقهاء في الإفتاء بما هو أيسر على الناس^(٦).

ومن الألفاظ ذات الصلة بالتيسير: التخفيف، والترخيص، والتوسعة، والتعزيم

أ- التخفيف.

التخفيف في اللغة: من خف الشيء خفاً وخفة ضد الثقل كما قال ابن فارس: «وهو شيء يخالف الثقل والرزانة»^(٧).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٢، المصباح المنير للفيومي ص ٢١٣.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢/٢.

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ١٧١.

(٤) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٨٥.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٦، المصباح المنير للفيومي ص ٩٣٦، المفردات للراغب ص ٥٥١.

(٦) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ١٥٢.

(٧) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٢، المصباح المنير للفيومي ص ٢٤٠.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٣، المصباح المنير للفيومي ص ٤٣٥، المفردات للراغب الأصفهاني ص ٢٦٤.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنبي ص ٤٣١.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٢، المصباح المنير للفيومي ص ١٧٥.

(٤) الموافقات للشاطبي ٢/٢، ١٥٩.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص ٤٩٢.

(٦) المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣١٩، الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٨٥.

والتخفيف في الاصطلاح: «رفع مشقة الحكم الشرعي بنسخ، أو تسهيل، أو إزالة بعضه أو نحو ذلك»^(١) فهو أخص من التيسير لأن التخفيف تيسير ما كان فيه عسر في الأصل، ولا يدخل فيه ما كان في الأصل ميسراً^(٢).

ب- الترخيص.

الترخيص لغة: التسهيل والاسم الرخصة. يقال: رخص الشيء رخصاً فهو رخيص إذا يسره له وسهله، وأصله في اللغة يدل على لين وخلاف شدة، ومن ذلك اللحم الرخّص أي الناعم، والرخص خلاف الغلاء^(٣).

الترخيص في الاصطلاح: لا يخرج عن المعنى اللغوي له وهو أن يجعل في الأمر سهولة^(٤). والرخصة في الاصطلاح تطلق على معينين^(٥):

الأول: الحكم النازل باليسر بعد العسر لعذر من الأعذار.

والثاني: وهو أخص من الأول: ما استباح مع قيام المحرم كالإذن في السلم مع انعدام المبيع رخصة من بيع المعلوم. وكذا ما نسخ عنا من الأصار والأغلال التي كانت على من قبلنا^(٦).

ج- التوسعة.

التوسعة لغة: مصدر وسع أي صبر الشيء وإساعاً. والسعة الغني والرفاهية^(٧).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للتوسعة عن معناها اللغوي. وهي بذلك تكون من التيسير، بل هي أعلى منه^(٨).

د- التعزيم.

التعزيم لغة: مصدر عزم على الأمر يعزم عزمًا وتعزم أراد فعل الأمر وقطع عليه أو جدّ فيه^(٩) ومنه العزيمة. قال الراغب: «العزيمة قصد الشيء والتصميم عليه تصميمًا مؤكداً، وهو عقد القلب على إضفاء الأمر»^(١٠).

والتعزيم في الاصطلاح لا يخرج عن المعنى اللغوي له، وهو التشديد على النفس بفعل ما فيه مشقة غير معتادة. وهو يكون بذلك خلاف التيسير.

وأما العزيمة في اصطلاح الأصوليين: فقد عرفها الزركشي بأنها: «الحكم الأصلي السالم موجب عن المعارض»: كالصلوات الخمس من العبادات ومشروعية البيع وغيرها من التكاليف^(١١). وبعبارة أخرى هي: «الحكم الوارد على فعل غير منظور فيه للعذر» كوجوب الصلاة تامة في الأحوال العادية، ووجوب صيام رمضان، وتحريم أكل الميتة^(١٢).

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن الأحكام التي ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف ومشقة في نفسه أو ماله، فالشرعية تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج^(١٣).

- (١) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٢/١٤.
- (٢) المصباح المنير للفيومي ص ٥٥٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٠٨/٤.
- (٣) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٣٣٤.
- (٤) البحر المحيط للزركشي ٢٢٥/١.
- (٥) الواضح في أصول الفقه للأشقر ص ٥٢.
- (٦) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي للبورنو ص ٢١٨.

- (١) زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٦٠/٢.
- (٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١١/١٤.
- (٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥٠٠/٢، المصباح المنير للفيومي ص ٣٠٤.
- (٤) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٢/١٤.
- (٥) المرجع السابق.
- (٦) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢١٢/١٤.
- (٧) المصباح المنير للفيومي ص ٩٠٨.

المطلب الثاني : تأصيل القاعدة .

إن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» من أوائل القواعد التي دخلت مجال التقعيد الفقهي، فقد عزا الخطابي هذه القاعدة إلى الإمام الشافعي الذي قال في معناها: «إذا ضاق الأمر اتسع» وقال غيره: «إذا اتسع الأمر ضاق» وجمع بينهما ابن أبي هريرة بقوله: «وضعت الأشياء في الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت، وإذا اتسعت ضاقت» كما جمع بينهما أيضا الغزالي في قاعدة: «كل ما تجاوز عن حده انقلب إلى ضده»^(١) ويرجع سبب هذا الاهتمام المبكر بهذه القاعدة إلى استنادها إلى أدلة كثيرة من القرآن والسنة وأثار الصحابة والإجماع والمعقول والتي وصفها الشاطبي بأنها بلغت مبلغ القطع، حيث قال: «إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع»^(٢) وفيما يلي بيان لتلك الأدلة.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم.

١- آيات تدل على التيسير والتخفيف بقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾ [النساء: ٦٨] وقوله تعالى: ﴿لَا يَكْفُرُ اللَّهُ فَنَسِيَ إِذًا وَهُمْ يَغْفِرُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٦] قال ابن تيمية: «تضمن أن جميع ما كلفهم به أمراً أو نهياً مطبقون له قادرون عليه وأنه لم يكلفهم ما لا يطبقون... وأنهم في سعة ومنحة من تكاليفه لا في ضيق وحرَج ومُسْةة؛ فإن الوُسْعَ يقتضي ذلك. فاتقنصت أن ما كلفهم به مقدور لهم من غير عسر ولا ضيق ولا حرج عليهم»^(٣٦)

٢- آيات تدل على نفى الحرج والضيق بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي آيَاتِنَا مِنْ حَرَجٍ وَإِلَهُكُمْ يَرْزُقُكُمْ﴾ [الحج: ٧٨] وقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُثَبِّرَكُمْ وَلَكُمْ فَتْنَةٌ لَكُمْ تَسْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦] قال

البصائص: «لما كان الحرج هو الضيق، ونفي الله عن نفسه إرادة الحرج بنا ساغ الاستدلال بظايره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختلف فيه من أحكام السمعيات»^(١).

٣- آيات نفي العنت والإصر كقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتِيمِ قُلْ إِصْلَاحٌ لِّمِمَّا قَدْ خَلَفُوا وَلَا تَحَاطُّوا بِهِمْ بِأَنْفُسِكُمْ وَاللَّهُ يَتَّبِعُ الْمُنْصِيفَ مِنَ الْمُصْطَفِ وَتَوَسَّاءَ اللَّهُ لَعَنَتُكُمْ إِنْ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ﴾ [البقرة: ٢٢٠] وقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَقُولُونَ الرُّسُلُ الَّتِي الْأَنْحُمُ إِلَى يَدُونِهِمْ مَكْرُوبًا عِنْدَهُمْ فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوُهُم عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الْبَيْتَابَ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَآئِ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ فَاَلَّذِينَ ذَلِكُمْ يَرْجُؤْهُ وَمَنْ أَتَىٰ أَهْلَهُ بِتَحْكِيمٍ مِنْ رَبِّهِمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الصَّالِحُونَ﴾ [البقرة: ١٧٧].

٤- آيات النبي عن الغلو في الدين كقوله تعالى: ﴿يَتَأَهَّلَ الْمُكْتَبُ لَا تَقُولُوا فِي دِينِكُمْ وَلَا تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ الْإِلَهَ إِلَّا الْحَقُّ إِنَّمَا الْمَسِيحُ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ رَسُولُ اللَّهِ وَكَلِمَتُهُ أَلْفَتْهَا إِلَى مَرْيَمَ وَوُجِّعَ مِنْهُ﴾ [النساء: ١٧١].

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية .

١- أحاديث تدل على السماحة والتيسير في الدين كقوله ﷺ: «إن الدين عند الله الحنيفية السمحة لا اليهودية ولا النصرانية»^(٢٧) و«سئل النبي ﷺ عن أحب الأديان إلى الله فقال: «الحنيفية السمحة»^(٢٨) وقوله ﷺ: «إن الدين يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وابشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة»^(٢٩). وقالت عائشة رضي الله عنها: «ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً»^(٣٠).

- (١) أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٣٩١، وانظر: أحكام القرآن للإكبراهيمي ١/ ٤٣٩.
- (٢) مسند أحمد بن حنبل ٥/ ٢٦٦.
- (٣) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٢٩)، ١/ ١٥٠.
- (٤) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٢٩)، ١/ ١٥٠.
- (٥) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب (٨٠)، ٧/ ١٠١.

- (١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٤٩/١، المتثور في القواعد للزركشي ١٢٠/١
- (٢) الموافقات للشاطبي ٢٣١/١.
- (٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٧/١٤.

فهذه الأحاديث تدل على الوسطية والاعتدال في دين الإسلام والمراد بالحنيفية المائلة عن الباطل إلى الحق والاستقامة. والمراد بالسمة الميسورة والحكمة من السماحة في الإسلام أن الله جعل هذه الشريعة دين الفطرة، وأمور الفطرة راجعة إلى الجبلية فهي كائنة في النفوس سهل عليها قبولها ومن الفطرة النفور من الشدة والإعنت^(١).

٢- أحاديث تدل على التخفيف وعدم التشدد والغلو: كقوله ﷺ عندما شكى بعض الصحابة ممن يطول في صلاة الجماعة: «أيها الناس إنكم مفرون، فمن صلى بالناس فليخفف، فإن فيهم المريض والضعيف وذو الحاجة»^(٢) وكان ﷺ: «إذا أمر الصحابة أمراً أمرهم من الأعمال ما يطيقون»^(٣) وقوله ﷺ: «عليكم بما تطيقون فوالله لا يمل الله حتى تملاوا وكان أحب الدين إليه ما دام عليه صاحبه»^(٤) وقال ﷺ حينما رأى رجلاً أرهقه الصيام في السفر: «ليس من البر الصيام في السفر»^(٥).

٣- أحاديث تدل على محاسبة النبي ﷺ لنفسه خشية أن يكون قد شق على أمته كقوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي ما عدلت خلف سري، ولوددت أني أقتل في سبيل الله ثم أحيأ، ثم أقتل، ثم أحيأ، ثم أقتل»^(٦) وقوله ﷺ: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة»^(٧). وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال: أعتم النبي ﷺ بالعشاء، فخرج عمر فقال: الصلاة يا رسول الله! رقد النساء والصبيان، فخرج ورأسه يقطر، يقول: «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بهذه الصلاة هذه الساعة»^(٨) وعن عائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ خرج من عندنا، وهو قرير العين طيب النفس. ثم رجع إليها وهو حزين فقال: «إني دخلت الكعبة ووددت أني لم أكن فعلت، إني أخاف أن أكون قد أعبت أمتي من بعدي»^(٩).

ثالثاً: آثار الصحابة والتابعين.

يمكن أن يستأنس لذلك بآثار الصحابة والتابعين ومن ذلك:

١- قول ابن مسعود: «ياكم والتطع، وياكمم والتعمق»^(١).

٢- مرَّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه يوماً فسقط عليه شيء من ميزاب، ومعه صاحب له فقال صاحبه: «يا صاحب الميزاب ماؤك طاهر أو نجس؟ فقال عمر رضي الله عنه: يا صاحب الميزاب لا تخبرنا ومضي»^(٢).

٣- وقال الشعبي: «إذا اختلف عليك أمران فإن أيسرهما أقربهما إلى الحق»^(٣).

رابعاً: الإجماع.

أجمع العلماء على أن الشارع لم يقصد إلى التكليف بالشاق والإعنت فيه، ومن نقل ذلك الشاطبي حيث ذكر ثلاثة أدلة لأصل المسألة. منها النصوص الدالة على ذلك، وما ثبت أيضاً من مشروعية الرخص، وهو أمر مقطوع به، ومما علم من دين الأمة ضرورة: كرخص القصر والفطر والجمع وتناول المحرمات في الاضطراب، فإن هذا نمط يدل قطعاً على مطلق رفع الحرج والمشقة. والإجماع على عدم وقوع التكليف بالشاق والإعنت فيه، ولو كان واقعاً لحصل في الشريعة التناقض والاختلاف وذلك منفي عنها، فإنه إذا كان وضع الشريعة على قصد الإعنت والمشقة، وقد ثبت أنها موضوعة على قصد الرفق والتيسير كان الجمع بينهما تناقضاً واختلافاً، وهي متزعة عن ذلك^(٤).

خامساً: المعقول.

إن العقل السليم مفطور على النفور مما فيه حرج ومشقة كما أنه مفطور على عدم التناقض، فلو كان الشارع قاصداً للمشقة لما كان مريداً لليسر والتخفيف وذلك باطل عقلاً^(٥).

(١) الجامع الصغير للسيوطي مع فض القدير للمناوي ١٣٤/٣

(٢) إغاثة اللهيان من مصائد الشيطان لابن القيم ١٥٤/١

(٣) شرح السنة للبزري ٣٠٧/٦

(٤) الموافقات للشاطبي ١٢٢/٢

(٥) المرجع السابق.

(١) مقاصد الشريعة لمحمد الطاهر ابن عاشور ص ٦١.

(٢) صحيح البخاري، كتاب العلم، باب (٢٨)، ٣١/١.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (١٣)، ١٠/١.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٣٢)، ١٦/١.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الصوم، باب (٣٦)، ٢٣٨/٢.

(٦) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب (٢٦)، ١٤/١.

(٧) سنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب (١٨)، ٣٤/١. وقال: صحيح.

(٨) صحيح البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب (٢٤)، ١٤٤/١.

(٩) سنن الترمذي، كتاب الحج، باب (٤٥) ٢٢٣/٣. وقال: حسن صحيح.

المطلب الثالث: تحليل قاعدة «المشقة تجلب التيسير»

إن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» تتكون من العناصر التالية: الموضوع وهو المشقة، والحكم وهو طلب التيسير والتخفيف، ومناط الحكم، ومقصود القاعدة. وفيما يلي بيان لهذه العناصر.

أولاً: موضوع القاعدة.

موضوع قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» هو المشقة، وهي ما يشق على النفس من جهد وتعب وعناء وإعنائات. وفيما يلي بيان لأسباب وجودها، وأنواعها وضوابط اعتبارها لبناء الأحكام عليها.

١- أسباب وجود المشقة.

تعمل القاعدة بالتيسير إذا قامت الأسباب التي يغلب معها وقوع المشقة في العبادات وغيرها وهي^(١):

أ- السفر:

السفر لغة: قطع المسافة مطلقاً، وأصل مادة (سفر) الكشف والإظهار، فيقال: سفرت المرأة عن وجهها إذا أظهرته، وقيل: في تسمية السفر بهذا الاسم؛ لأنه يسفر عن وجوه المسافرين وأخلاقهم، ويظهر ما كان خافياً فيها^(٢).

والسفر في الاصطلاح: «الانتقال من موضع الإقامة مع ربط القصد بمقصد معلوم»^(٣).

ولما كان السفر يغلب معه وقوع المشقة جعله الشارع سبباً من أسباب التيسير والتخفيف بمجرد حدوثه دون انتظار المشقة^(٤). قال تعالى: ﴿وَإِذَا صَرَيْتُمْ فِي الزَّكَاةِ فَلْيَسِّرْ عَلَيْكُمْ جُنَاحَ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ﴾ [النساء: ١٠١] وقال تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥].

ويشترط في السفر الذي تترتب عليه أحكام التيسير عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن تكون مسافته معقولة شرعاً وعرفاً.

إن مجرد الانتقال من موضع الإقامة لا يكفي لاعتبار الشخص مسافراً، بل لا بد من قطع مسافة معقولة شرعاً وعرفاً. وقد اختلف الفقهاء في حد تلك المسافة على ثلاثة أقوال^(٥): الأول: منسيرة ثلاثة أيام، وهو قول الحنفية، والثاني: مسيرة ستة عشر فرسخاً (٨١ كم) وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهي تعادل مسيرة يومين. والثالث: أن تكون معقولة عرفاً، وهو قول من ضعف أحاديث المسافة ويؤي على العرف: مثل ابن حزم وابن تيمية. وأرى أنه يمكن أن يجمع بين القولين الأخيرين واعتبار المسافة ستة عشر فرسخاً أو (٨١ كم)؛ لأنها معقولة شرعاً وعرفاً. وقد اعتبر الفقهاء من قطع تلك المسافة أو أكثر منها مسافراً سراً طويلاً، ورتبوا على ذلك السفر عدة رخص منها: قصر الصلاة الرباعية، وجمع الصلوات، والفرط في رمضان، والمسح على الخفين مدة ثلاثة أيام بلياليها. وأما من قطع مسافة أقل من تلك المسافة، فقد اعتبره الفقهاء مسافراً سراً قصيراً، ورتبوا على ذلك السفر عدة رخص منها: عدم المطالبة بصلاة الجماعة والجمعة والعيدين.

(١) كشف الأسرار للزرودي ٦١٥/٤.

(٢) انظر تفصيل هذا الخلاف في كتاب مسائل في الفقه المقارن لعمر الأشقر وأبو رخصة وشبير، وأبو البصل ص ٩٨.

(١) الأنشبه والنظائر للسيوطي ص ٧٧، الأنشبه والنظائر لابن نجيم ص ٧٥.

(٢) لسان العرب لابن منظور ١٥٤/٢، المصباح المنير للفيومي ٢٧٨.

(٣) إحياء علوم الدين للغزالي ٢/٢٦٠.

الشرط الثاني: أن يكون السفر سفر طاعة، فلا يرخص للمعاصي في الأحكام الشرعية. وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(١) لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣] وقوله: ﴿وَتَمَكُّوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ وَلَا تُنَاصِرُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْمُدُونِ﴾ [المائدة: ٢].

الشرط الثالث: أن يجاوز مكان إقامته وما يتصل به من أبنية ومزارع، وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة خلافاً لابن الماحشون من المالكية الذي اشترط قطع مسافة ثلاثة أميال قبل الأخذ بالرخص^(٢). وقول الجمهور أولى لأن الرسول ﷺ كان لا يتبدىء القصر في سفر إلا بعد خروجه من المدينة.

الشرط الرابع: قصد السفر وذلك بأن يقصد موضعاً معيناً، أما إذا هام على وجهه أوتاه في صحراء ولا يدري أين ذهب، فلا يترخص عند جمهور الفقهاء خلافاً لأبي حنيفة الذي أجاز له الترخص، وهو على تلك الحالة إذا قطع مسافة القصر^(٣). والأولى قول الجمهور عملاً بقاعدة: «الأمور بمقاصدها» قال النووي: «ما حكى عن أبي حنيفة شاذ غريب ضعيف جداً»^(٤).

ب- المرض.

المرض في اللغة: السقم، وهو يدل في الأصل على كل ما يخرج به الإنسان من حد الصحة في أي شيء كان^(٥).

والمرض في الاصطلاح: «حالة للبدن خارجه عن المجرى الطبيعي»^(١).

وبعبارة أخرى: «عرض يطرأ على بدن الإنسان فيؤثر على طبيعته النفسية والخلقية، ويؤدي إلى إضعاف البدن عن القيام بالمطلوب منه على الوجه المعتاد»^(٢).

ويدل على اعتبار المرض سبباً للمشقة الموجبة للتيسير والتخفيف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُنْ مِمَّنْ تَهْجُرْ أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَسَدٍ أَمَدٍ بَيْنَكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لَكُمُ الْمَاءُ الْيَسَّاءُ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوْهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا غَفُورًا﴾ [النساء: ٤٣] وقوله تعالى: ﴿فَن كَانَ بَيْنَكُم تَرْثِيصٌ أَوْ بِيءٌ أَدْنَى مِّنْ أَرْبَعٍ فَيَذَنِيهِ فَن يَسِيرُ أَوْ صَدَقَهُ أَوْ كُفُّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦].

ويشترط في المرض الموجب للتيسير أن يكون شديداً يؤدي إلى هلاك النفس أو تلف بعض الأعضاء أو قوات منافعها. بإضعاف البدن. أما إذا لم يؤد إلى ذلك فلا يعتبر موجباً للتريخيص والتيسير: كالتهاب يسير في الجسم أو صداع خفيف^(٣). ويرجع في تقدير شدة المرض وعدم شدته إلى الإنسان نفسه إذا عرف ذلك، وإلا يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء المدول بحيث يئلب على الظن أن هذا المرض شديد ويؤثر على البدن. واكتفى الشافعية بقول واحد من الأطباء^(٤). في حين ذهب الحنابلة إلى أنه لا يقبل إلا قول طبيين ثقتين^(٥). ويختلف الترجيح في هذه المسألة باعتبار وجوه الترخيص، فإذا كان الترخيص يتعلق بارتكاب محظور عظيم: كإسقاط جنين؛ كان الاحتياط أرجح فلا يكتفي بطبيب واحد، بل لابد من لجنة طبية. وإذا كان الترخيص يتعلق بأمر خفيف: كترك صلاة الجماعة في المسجد، فيمكن أن يكتفي بقول طبيب واحد.

(١) كشف الأسرار للزودى ٤/٤٩٨.

(٢) رفع الحرج في الشريعة الإسلامية لصالح بن عبد الله بن حميد ص ١٩٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ١١٦/٢، قوانين الأحكام لابن جزي ص ١٣٧، مغني المحتاج للشربيني ٤٣٧/١، الإصناف للمرداوي ٣/٢٨٤.

(٤) المجموع للنووي ٢/٢٩٠.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/٨٢.

(١) انظر تفصيل هذا الشرط في المرجع السابق ص ٧٨٠.

(٢) بدائع الصنائع للكلبائي ١/٢٩٠، قوانين الأحكام لابن جزي ص ٩٣، المجموع للنووي ٢/٢٠٢، المغني لابن قدامة ٢/٢٥٩.

(٣) الإصناف لابن هبيرة ١/١٥٧.

(٤) المجموع للنووي ٤/١٩٦.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٣١١، المصباح المنير للفيومي ص ٧٨٠.

ج- الإكراه:

الإكراه لغة: اسم من كرهت الشيء أكرهه كرهاً. وأصله في اللغة على خلاف الرضا والمحبة. والكَرْهُ أَنْ تَكْلِفَ الشَّيْءَ فَعَمَلُهُ كَارِهُاً وَيَقُولُونَ إِنْ كَرِهَ: الجمل الشديد الرأس، كأنه يكره الانقياد^(١).

والإكراه في الاصطلاح: حمل الغير على ما يكرهه بالوعيد أو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر^(٢). وبعبارة أخرى: «حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته لو خلى ونفسه»^(٣).

ويدل على اعتبار الإكراه سبباً من أسباب المشقة الموجبة للتيسير قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ، وَقَدْ جِئْتُكُمْ بِالْبَيِّنَاتِ﴾ [النحل: ١٠٥-١٠٦] وقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»^(٤).

ويشترط لتحقيق الإكراه الذي تبنى عليه الأحكام عدة شروط وهي^(٥):

الشرط الأول: أن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هد به من قتل أو غيره. والمكره عاجزاً عن التخلص مما هد به بهروب أو مقاومة أو استغاثة.

الشرط الثاني: أن يقع في غالب ظن المكره أنه لو لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما هد به.

الشرط الثالث: أن يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكره تحمله: كأن يهدد بقتل أو قطع عضو أو ضرب شديد أو حبس مديد، وهو الإكراه الملجئ.

الشرط الرابع: أن يكون الإكراه بغير حق، وهو ما لا يقصد منه الوصول إلى غرض مشروع. أما إذا كان بحق كإجبار المدين على بيع ماله للوفاء بدينه، وإجبار المالك على بيع أرضه للدولة لتوسيع الطريق العام، فلا يعد ذلك إكراهاً معتبراً.

الشرط الخامس: أن يكون الإكراه عاجلاً بأن يهدد بتنفيذه في الحال، أما إذا هدأه سيفتد في الغد فلا يعتبر إكراهاً.

د- النسيان.

يبين سابقاً عند الحديث عن العنصر الخامس من عناصر قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» معنى النسيان: وهو زوال المعلومة عن فكر المكلف مع العجز عن تذكرها في الحال. أو عدم استحضار الشيء في وقت الحاجة إليه^(١).

ومما يدل على اعتبار النسيان سبباً من أسباب المشقة الموجبة للتيسير الحديث السابق: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا وَالنِّسْيَانَ» أي أن الله تعالى رفع الإثم المترتب على التقصير في أداء الواجبات بسبب النسيان. ويشترط في النسيان لاعتباره سبباً من أسباب التيسير عدة شروط وهي^(٢):

الشرط الأول: أن لا يكون النسيان بسبب تقصير المكلف في مباشرة أسباب التذكر مع قدرته عليه. فإن كان بتقصير المكلف فلا يعد سبباً للتيسير: كمن أكل في أثناء الصلاة ناسياً. فإن النسيان يفسدها، ولا يعتبر عذراً لوجود حالة التذكر من الإنسان بما هو فيه من هيئة الصلاة.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٧٣/٥.

(٢) التعريفات للرجاني ص ٥٠.

(٣) شرح التلويح على التوضيح ١٩٦/٢.

(٤) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب (١٦)، ٦٥٩/٢، وإسناده ضعيف.

(٥) المشقة تجلب التيسير لصالح اليوسف ص ١٦٧. وانظر: الأنبياء والظواهر للسيوطي ٢٠٨-٢١٠.

كشف الأسرار للزبدوي ٦٣١/٤.

(١) غمز عيون البصائر للحموي ٢٤٧/١.

(٢) كشف الأسرار للزبدوي ٤٥٦/٤.

الشرط الثاني: أن لا يتعلق النسيان بحقوق العباد، فإن تعلق بها فلا يعد عذراً؛ لأن حقوق العباد محترمة لا تسقط بالنسيان، فلو أتلف إنسان مال آخر ناسياً ضمنه، ولا يسقط الضمان بالنسيان. أما حقوق الله فهي شرعت للابتلاء، وتحتاج إلى النية والقصد والنسيان يعد مهماً.

الشرط الثالث: أن لا يسبق تصريح بتنفيذ الأمر، ولو ناسياً كمن قال: **والله لا أدخل هذه الدار عامداً** أو ناسياً فدخلها ناسياً حث في يمينه.

الشرط الرابع: أن يكون الحق غير قابل للتدار. لاعتبار النسيان سبباً من أسباب الإسقاط أو التخفيف. أما إذا كان الحق قابلاً للتدارك فلا يسقط ولا يخفف: كمن نسي الصلاة أو الزكاة أو الكفارة، فيجب الإتيان بها عند تذكرها لقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها»^(١).

هـ- الجهل.

يبت معنى الجهل عند العنصر الخامس من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» والمراد به - هنا عدم العلم بالأحكام الشرعية كلها أو بعضها.

والجهل لا ينافي أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء؛ لأن متعلق الأهليتين هو الذمة والعقل والتمييز. والجهل لا تأثير له على هذه المقومات للأهلية. إلا أن للجهل حالات اعتبرها الشارع عذراً من الأعدار في حق المكلف، وبالتالي تسقط عنه المؤاخذه بما فعل عن جهل^(٢).

ويشترط في الجهل لاعتباره عذراً أو سبباً للتخفيف والتيسير عدة شروط وهي:

الشرط الأول: أن يتعلق بموضوع اشتبهت فيه الأدلة كالجهل في موضع الاجتهاد والجهل في موضع الشبهة. أما الجهل فيما فيه أدلة واضحة وضرورية فلا يعد جهلاً: كالجهل بمخالفة الكتاب والسنة والجهل بما علم من الدين بالضرورة.

الشرط الثاني: أن لا يكون فيما يمكن الاحتراز عنه بسؤال أهل العلم عن حكمه، أما إذا تعذر الاحتراز عنه بأن كان من دخل في الإسلام في بلاد غير إسلامية لا يوجد فيها وسيلة للحصول على العلم الشرعي، فإنه يعذر بجهله. قال ابن اللحام: «إذا قلنا أن الجاهل يعذر، فإنما محله إذا لم يقصر ويفرط في تعلم الحكم، أما إذا قصر أو فرط فلا يعذر جزءاً»^(٣).

الشرط الثالث: أن لا يتعلق الجهل بحق العباد، فإذا تعلق بملك الغير: كأن يتلف المشتري المبيع قبل القبض جاهلاً، فلا يعد ذلك عذراً ويضمنه إذا كان بيده، وإذا كان بيد البائع اعتبر ذلك الإتلاف قبضاً للمبيع.

و- العسر وعموم البلوى.

العسر في اللغة: نقيض اليسر، وهو يدل على صعوبة وشدة^(٤). والمقصود به هنا أن يجد الإنسان مشقة في تجنب الشيء والاحتراز عنه. وأما عموم البلوى فهو شيع البلاء بحيث يصعب على المرأة التخلص أو الابتعاد عنه^(٥): كصحة الصلاة مع وجود النجاسة: كدم القروح والدمامل والقيح والصدید. ومما يدل على اعتبار العسر وعموم البلوى سبباً من أسباب التيسير إسقاط الصلاة عن المرأة الحائض وعدم قضائها بعد طهرها. وما روي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: «كانت الكلاب تول وتقبل وتدير زمان رسول الله ﷺ في المسجد فلم يكونوا يربشون شيئاً من ذلك»^(٦) وغير ذلك من الأحاديث التي تدل على يسر الدين وسماحته.

(١) القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام لابن اللحام ص ٥٨.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣١٩/٤.

(٣) نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي ص ١٢٣.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب (٣٣)، ٥١/١.

(١) صحيح البخاري، كتاب مواقيت الصلاة، باب (٣٧)، ١٤٨/١.

(٢) عوارض الأهلية عند الأصوليين لمصري محمد معارك ص ٣٠٨.

والضابط في عموم البلوى هو تحقق أحد أمرين:

الأول: نزارة الشيء وقلته؛ فإنه يفتى الناس بقبول شهادة الأمثل فالأمثل إذا أصبحت العدالة نادرة الوجود:

الثاني: كثرة الشيء وشيوعه وانتشاره، كالتجاوز عن طين الشوارع بسبب المطر في تنجيس الثوب.

ز- النقص.

النقص لغة: خلاف الزيادة، وخلاف الكمال، فيقال نقص الشيء نقصاً أو نقصاناً، وانتقص ذهب منه شيء بعد تمامه^(١).

والنقص في المكلف يتعلق بثلاثة أمور: العقل، والحرية، والذكورة^(٢). فالنقص الذي يعترض العقل على خمسة أنواع: الجنون، والعمه، والنوم، والإغماء، والسكر. وهي من أسباب التيسير؛ لأن صاحبها يتحمل نوعاً من المشقة إذا طُلب بالتكاليف العادية.

والنقص الذي يعترض الحرية الرق. وهو عجز حكمي يقوم بالإنسان فاقتضى التخفيف؛ لأن العبد يتحمل نوعاً من المشقة إذا ما طُلب بالتكاليف العادية فأسقط عنه الجمعة والعديد والجماعة. والنقص الذي يتعلق بالجنس الأنوثة، فتعتبر سبباً من أسباب التخفيف لاختلاف المرأة عن الرجل في كثير من الأمور: كالحيض والحمل والنفاس مما يؤثر على بنية المرأة الجسمية. هذا بالإضافة إلى تغليب الجانب العاطفي في المرأة للقيام بوظيفة تربية الأولاد. ونظراً لطبيعة المرأة الجسمية والنفسية طالها الإسلام بواجبات أقل مما طالب به الرجل فأسقط عنها الصلاة في أيام حيضها، ورخص

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٨.

(٢) المصباح المنير للفيومي، ص ٨٥٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٤٧٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٠. المصباح المنير ص ٢٣٨، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٩٨/٢.

لها بالفطر في أيام حيضها في شهر رمضان وأسقط عنها صلاة الجمعة وغير ذلك.

ح- الخطأ:

الخطأ لغة: ضد الصواب، وهو اسم من أخطأ فهو مخطيء وأصله في اللغة تعدي الشيء، ومنه أخطأ. بمعنى تعدى الصواب وخطيء يخطئ إذا أذنب لأنه يترك الوجه الخير.

والخطأ في الاصطلاح: «هو ما ليس للإنسان فيه قصد»^(١) وبعبارة أخرى: وقوع الفعل أو القول على خلاف ما يريد الفاعل أو القائل: كمن يتمضمض في الوضوء، وهو صائم فيسبى الماء إلى حلقه^(٢)، وهو عذر شرعي في بعض الحالات، وهو لا ينافي الأهلية بنوعها، ولكن يعتبر سبباً من أسباب المشقة الموجبة للتيسير والتخفيف. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَرَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] وقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان...»^(٣).

ويشترط لاعتبار الخطأ سبباً من أسباب التيسير عدة شروط منها:

الشرط الأول: أن يكون متعلّقاً بحق من حقوق الله تعالى؛ لأنها مبنية على المسامحة: كالخطأ الذي ينتج عن التعرف على القبلة، والخطأ في الاجتهاد والحكم القضائي والفنوى وغير ذلك. أما إذا كان متعلّقاً بحقوق العباد فلا يعتبر الخطأ عذراً؛ لأن حقوق العباد مبنية على المشاحة والمقاضاة. فيجب الضمان على من أنفق مال غيره خطأ^(٤).

الشرط الثاني: أن لا يكون فيما يمكن الاحتراز عنه: كالطبيب الذي يمارس مداواة الناس، وهو غير أهل لذلك. فإنه يجب عليه ترك هذه المهنة حتى لا يقع في الخطأ.

(١) التعريفات للرجزاني ص ١٣٤.

(٢) سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب (١٦)، ٦٥٩/٢، وإسناده ضعيف.

(٣) كشف الأسرار للزيودي ٤/٢٦٦.

(٤) المرجع السابق.

أما إذا تعذر الاحتراز عنه بأن كان حاذقاً في الطب ولكن وقع منه الخطأ فإنه لا يؤاخذ على ذلك في الآخرة؛ لأنه أهل لمزاولة مهنة الطب^(١).

٢- أنواع المشقة وضوابطها العامة.

قسم العلماء المشقة باعتباريات مختلفة إلى أقسام منها:

التقسيم الأول: قسم العلماء المشقة -باعتبار تحمل الإنسان لها- إلى مشقة معتادة ومشقة غير معتادة. وفيما يلي بيان ذلك:

أ- المشقة المعتادة.

المشقة المعتادة: هي المشقة الطبيعية التي يستطيع الإنسان تحملها دون إلحاق ضرره^(٢). فهذه المشقة لم يرفعها الشارع عن الناس، وهي من مستلزمات التكليف الشرعية، فلا تنفك عنها العبادة غالباً: كمسقة الوضوء والغسل في شدة البرد، ومشقة صلاة الفجر في هجر المضجع، ومشقة الصوم في طول النهار وشدة الحر ومشقة الحج، ومشقة إقامة حدود الله على الجنة كما قال العزيز بن عبد السلام: «فهذه المشاق كلها لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات ولا في تخفيفها لأنها لو أثرت لغات مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات أو في غالب الأوقات ولغات ما رتب عليها من الثوابات الباقيات ما دامت الأرض والسموات»^(٣). وذكر الشاطبي أن غزوة تبوك وما صاحبها من متاعب في الحر وبعد المسافة وترك الأهل والأحباب لا تخرج عن حدود المشقة المعتادة^(٤)، وقال ابن القيم: «إن كانت المشقة مشقة تعب فمصالح الدنيا والآخرة كلها منوطة بالتعب، ولا راحة لمن لا تعب له، بل على قدر التعب تكون الراحة»^(٥).

ب- المشقة غير المعتادة.

المشقة غير المعتادة: هي الزائدة عن المشقة المعتادة والتي لا يتحملها الإنسان عادة، وتفسد على النفوس تصرفاتها وتخل بنظام حياتها وتعطل عن القيام بالأعمال النافعة غالباً^(٦).

فهذه المشقة يمكن أن يقع التكليف بها عقلاً، ولكن لا يقع التكليف بها شرعاً، فلم يكلف الله تعالى الناس بالتكاليف الشاقة كالوصال في الصيام والمواظبة على قيام الليل، كما شرع لعبادة الرخص المعروفة ورغب في الأخذ بها. وقد بين الشاطبي الحكمة من عدم التكليف بالمشاق، وهي تتمثل في وجهين^(٧).

الأول: خوف الانقطاع من الطريق وبغض العبادة وكراهة التكليف. ويتنظم تحت المعنى الخوف من إدخال الفساد على المكلف في جسمه أو عقله أو ماله أو حاله، وذلك لأن الله وضع هذه الشريعة المباركة حنيفة سمحة سهلة، حفظ فيها على الخلق قلوبهم وحبها لهم بذلك. فلو عملوا بخلاف السماح والسهولة لدخل عليهم فيما كلفوا ما لا تخلص به أعمالهم.

والثاني: خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد المختلفة الأنواع: مثل قيامه على أهله وولده إلى تكاليف أخر تأتي في الطريق.

وقد جعل العزيز بن عبد السلام هذا القسم على ثلاثة أنواع^(٨):

النوع الأول: مشقة عظيمة فادحة: كمسقة الخوف على النفس أو الأعضاء أو منافعها، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص؛ لأن حفظ النفوس والأطراف للقيام

(١) نظرية الضرورة الشرعية لوحة الزحيلي ص ١٩٦.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للزم بن عبد السلام ٩/٢.

(٣) الموافقات للشاطبي ١٢٢/٢.

(٤) أعلام الموقعين لابن القيم ١٣١/٢.

(٥) نظرية الضرورة الشرعية لوحة الزحيلي ص ١٩٩.

(١) الموافقات للشاطبي ١٣٦/٢.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للزم بن عبد السلام ١٠/٢.

(٣) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١٢/٢، الفروق للقرافي ١١٩/١.

بمصالح الدنيا والآخرة أولى من تعرضها للضرر بسبب عبادة من العبادات. فإذا كان طريق الحج غير آمن لم يجب الحج على من يمر بذلك الطريق.

النوع الثاني: مشقة خفيفة: كالوجع البسيط المحتمل في الأصبع أو الصداع الخفيف في الرأس. فهذه مشقة لا تأثير لها ولا تنافي إليها؛ لأن تحصيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التي لا يؤبه لها عادة.

والنوع الثالث: مشقة متوسطة بين المرتبتين السابقتين. وضابطها أنها إن اقتربت من المشقة العظيمة أوجبت التخفيف كمرضى في رمضان يخاف من الصوم زيادة مرض أو بقاء البرء أو تأخيرها فيجوز له الفطر إذا غلب على ظنه ذلك. وكذلك في المرض المبيح للتميم. أما إذا اقتربت من المشقة الخفيفة فلا توجب التخفيف كمن أصيب بحمى خفيفة أو وجع سن يسير. وفي حالة عدم التمكن من إلحاقها بإحدى المرتبتين يحصل التوقف وربما حصل الاختلاف بين العلماء وبين المكلفين؛ لأن مقياس اعتبارها ملحقة بالنوع الأول أو الثاني هو قناعة المكلف نفسه وهو أمر ظني.

ولكن العلماء وضعوا عدة ضوابط لذلك الإلحاق. منها: أن تضبط مشقة كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تلك العبادة، فإن كانت مثلها أو أزيد منها ثبتت الرخصة بها وإلا فلا. فالأمراض التي هي في مشقة إصابة الرأس بالقليل في الأذى تلحق بها، فيجوز الحلق للمحرم إذا أصيب بها^(١).

ومنها: أنه كلما اشتد اهتمام الشارع بتكليف أو بأمر من الأمور اشترط في تخفيفه أو الترخيص فيه مشاق شديدة، أما إذا كان الاهتمام بالتكليف أقل فإنه يخفف ويرخص بالمشاق الخفيفة فيطلب في العبادات مشاق شديدة بخلاف ما يطلب في المعاملات لأن اهتمام الشارع بالعبادات أكثر من المعاملات؛ لأن في العبادات مصالح الدين والدنيا، فلا

(١) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ١١/٢.

ينبغي إهمال العبادة بالمشقة^(١). ويطلب في النواهي مشاق شديدة بخلاف ما يطلب في الأوامر؛ وذلك لأن اهتمام الشارع بالنواهي أشد من اهتمامه بالأوامر لقوله ﷺ: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه»^(٢). فالنواهي يبتعد عنها بإطلاق والأوامر تفعل بقدر الحاجة والطاقة.

ومنها: أنه يراعى في المقاصد أكثر ما يراعى في الوسائل، فينظر إلى الفعل المطلوب من المكلف: هل هو مقصود في ذاته كالصلاة أو هو وسيلة إلى غيره كالوضوء من أجل الصلاة، فالمقصود في ذاته يتطلب وجود مشاق شديدة للتخفيف منه في حين أن الوسائل تتطلب وجود مشاق أخف، ولهذا قرر السيوطي: «يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد»^(٣).

التقسيم الثاني: يمكن تقسيم المشقة - باعتبار علاقتها بمقاصد الشريعة - إلى قسمين: الأول: مشقة تتعلق بالضروريات، وهي التي تعرف بالضرورة، والثاني: مشقة تتعلق بالحاجيات، وهي التي تعرف بالحاجة. وقد سبق بيان معنى كل حاله وأنها معتبرة في التخفيف والتيسير.

ثانياً: حكم القاعدة الكلية:

الحكم الكلي لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير» هو طلب الشارع التيسير في التكليف المطلوبات. ويمثل هذا التيسير في التكليف الشرعية، فقد رُوعي فيها التكليف بما هو متحمل من المشاق وعدم التكليف بما لا يتحمل. قال الشاطبي: «فإنه لا ينزع في أن الشارع قاصد للتكليف بما يلزم فيه كلفة ومشقة ما، ولكن لا تسمى في العادة المستمرة مشقة. كما لا يسمى في العادة مشقة طلب المعاش بالتحرّف وسائر الصنائع؛

(١) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام، باب (٢)، ١٤٢/٨.

(٢) الأنبياء والنظائر للسيوطي ص ١٥٨.

(٣) الموافقات للشاطبي ١١٣/٢.

لأنه ممكن معتاد لا يقطع ما فيه من الكلفة عن العمل في الغالب المعتاد، بل أهل العقول وأرباب العادات يعدون المنقطع عنه كسلان ويذمونه بذلك، فكذلك المعتاد في التكليف^(١). كما يتمثل التيسير في الرخص الشرعية^(٢)، وفيما يلي بيان لأنواع الترخيص (التيسير)^(٣).

١- رخصة إسقاط: كإسقاط الصلاة عن الحائض والنفساء، وعدم وجوب الحج على المرأة إذا لم تجد محرماً.

٢- رخصة تقيص: كقصر الصلاة الرباعية في السفر.

٣- رخصة إبدال: كإبدال الوضوء والغسل بالتميم عند عدم وجود الماء أو عدم القدرة على استعماله.

٤- رخصة تقديم: كتقديم صلاة العصر إلى الظهر أو العشاء إلى المغرب عند السفر أو المطر.

٥- رخصة تأخير: كتأخير صلاة المغرب إلى العشاء في مزدلفة بسبب النفرة من عرفات، وتأخير صيام رمضان إلى أيام آخر بسبب المرض أو السفر.

٦- رخصة اضطرار: كشرب الخمر للغصة وأكل الميتة عند المسغبة وخشية الموت جوعاً.

٧- رخصة تغيير: كتغيير هيئة الصلاة للخوف.

(١) بينت معنى الرخصة عند الألفاظ ذات الصلة بالتيسير.

(٢) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٨/٢، والرخصة الشرعية لعمر عبد الله كامل ٢٦٢، والتحرير في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» لعامر الزبياري ص ٨٨. والمشقة تجلب التيسير لصالح اليوسف ص ٣٣٤.

(٣) الأشياء والنقائز للسيوطي ص ٨٢، المتور للزركشي ١٦٤/٢.

والرخصة قد تكون واجبة: كالأكل من الميتة للمضطر لحفظ النفس، وقد تكون مندوبة: كقصر الصلاة في السفر، وقد تكون مباحة: كالسلم والإجارة والمساقاة، وقد تكون خلاف الأولى: كالمسح على الخفين، فترك المسح على الخفين أولى من المسح عليهما، وترك الجمع بين الصلاتين في السفر أولى من الجمع. وقد تكون مكروهة: كالقصر في أقل من ثلاث مراحل^(١).

ثالثاً: مناهط الحكم.

مناط الحكم في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» هو سبب المشقة، فوجوده أساس للتخفيف بقطع النظر عن تحقق المشقة أو عدم تحققها. فالسفر سبب للتيسير والتخفيف ولو كان مريحاً أو كانت مشقته خفيفة كسفر الملوك والرؤساء. وكذلك المرض هو سبب للتيسير لأن الغالب أن يكون فيه الألم والوجع والمشقة. ولهذا قرر علماء الأصول: «الحكم يلور مع علته لا مع حكمته وجوداً أو عدماً»^(٢). وقال ابن القيم: «إن القطر والقصر يختصان بالمسافر ولا يفطر المقيم إلا لمرض. وهذا من كمال حكمة الشارع، فإن السفر في نفسه قطعة من العذاب، وهو في نفسه مشقة وجهد، ولو كان المسافر في أرفة الناس، فإنه في مشقة وجهد بحسبه فكان من رحمة الله بعباده، وبره بهم أن خفف عنهم شطر الصلاة واكتفى منهم بالشرط، وخفف عنهم أداء فرض الصوم في السفر واكتفى منهم بأدائه في الحضر. كما شرع مثل ذلك في حق المريض والحائض فلم يفوت عليهم مصلحة العبادة بإسقاطها في السفر جملة، ولم يلزمهم بها في السفر بإلزامهم في الحضر. وأما الإقامة فلا موجب لإسقاط بعض الواجب فيها ولا تأخيرها، وما يعرض فيها من المشقة والشغل فأمر لا ينضبط ولا ينحصر. فلو جاز لكل مشغول وكل مشغوق عليه الترخيص ضاع الواجب واضمحل بالكلية وإن جوز للبعض دون

(١) إرشاد الفحول للشوكاني ١٨٢.

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ١٣١/٢.

البعض لم ينضبط، فإنه لا وصف يضبط ما تجوز معه الرخصة وما لا يجوز بخلاف السفر على أن المشقة قد علق بها من التخفيف ما يناسبها فإن كانت مشقة مرض وألم يضر به جاز معها الفطر والصلاة قاعداً أو على جنب وذلك نظير قصر العدد، وإن كانت مشقة تعب فمصالح الدنيا والآخرة منوطه بالتعب ولا راحة لمن لا تعب له^(١).

رابعاً: مقصود القاعدة الشرعي.

مقصود القاعدة الشرعي هو رفع الحرج عن العباد^(٢) أو «دفع الحرج» أو «وضع الحرج» أو «نفي الحرج» وهي بمعنى واحد يراد: «منع وقوع أو بقاء الحرج على العباد بمنع حصوله ابتداء أو بتخفيفه أو تداركه بعد تحقق أسبابه»^(٣) وقد ذكرت عند تأصيل القاعدة بعض الأدلة التي تدل على نفي الحرج والضيق منها ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكَ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ومما ينبغي التنبيه عليه أن قصد الشارع من التشريع المبني على رفع الحرج تحقيق مصالح العباد والمحافظة على الضروريات والحاجيات والتحسينات. فالضروريات هي التي لا بد من وجودها لقيام حياة مستقرة للناس. وتمثل هذه الضروريات في حفظ الدين والنفس والنسل والعقل والمال، وأما الحاجيات فهي التي يحتاج إليها الناس للتوسعة عليهم، ودفع الضيق والحرج عنهم. وتمثل هذه الحاجيات في تشريع الرخص وإجازة المضاربة والمساقاة والحكم بالقرائن، وتحميل الدية للعاقلة، وإعمال القسامة وتضمن الصناعات مع أن يدهم يد أمانة. وأما التحسينات فهي التي يقتضيها الأدب الشرعي الرفيع والدنوق الاسلامي العالي وتمثل في العادات الحسنة ومكارم الأخلاق: كالطهارة وإزالة النجاسة وستر العورة وغير ذلك^(٤).

المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

يتفرع على هذه القاعدة كثير من المسائل الفقهية التي تتعلق بأغلب أبواب الفقه، وقد ذكرت كثيراً من تلك التطبيقات عند بيان أسباب المشقة وأنواع التيسير وساكفتي هنا بذكر بعض التطبيقات^(٥):

١- يجوز للمسافر بيع مال رفيقه وحفظ ثمنه لورثته بدون ولاية ولا وصاية.

٢- يجوز فسخ الإجارة بعذر السفر «الظروف الطارئة».

٣- يجوز للطبيب النظر إلى موضع الألم في جسم المرأة المريضة.

٤- يجوز تأخير إقامة الحد على المريض غير حد الرجم إلى أن يبرأ.

٥- إذا جهل الشفع بالبيع فإنه يعذر في تأخير طلب الشفعة.

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

يتعلق بهذه القاعدة عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فرعاً لها، ومنها ما يمثل ضابطاً أو قيداً. وفيما يلي بيان لتلك القواعد.

أولاً: القواعد الفرعية التي تمثل فرعاً لهذه القاعدة:

يتفرع عن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» عدة قواعد فرعية نذكر منها:

١- قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»

هذه القاعدة اعتبرها كل من السيوطي وابن نجيم فرعاً من فروع قاعدة: «الضرر يزال»^(٦). ولكن اعتبرها فرعاً من فروع قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» أولى وذلك لأن

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ١٠٥-١١١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٥.

(١) شرح الكوكب المنير للفتحي ص ٣٩٠.

(٢) رفع الحرج ليعقوب باحسين ص ٤٨.

(٣) الموافقات للشاطبي (بصرف) ٨/٢.

الضرورة نوع خاص من المشقة التي ينبغي رعايتها كما بينا عند الألفاظ ذات الصلة بالمشقة. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وضوابطها وتطبيقاتها ومستثنياتها.

أ- معنى القاعدة وضوابطها.

المحظورات: جمع محظور، وهو الحرام المنهى عن فعله^(١)، والحرام ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام^(٢). والإباحة هنا: رفع الإثم والمواخذة الأخروية عند الله تعالى. وقد ينضم إلى ذلك امتناع العقاب الدنيوي كما في حالة الدفاع عن النفس. والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن حالات الاضطراب أو الحاجة الشديدة تجيز ارتكاب المحظور شرعاً. لكن ليس كل من يدعى أنه مضطر إلى ارتكاب المحظور يقبل منه ذلك؛ بل لا بد من توافر عدة شروط وهي^(٣):

الشرط الأول: أن تكون الضرورة قائمة غير منتظرة: بأن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال، وذلك بغلبة الظن أو أن يتحقق الشخص من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس.

الشرط الثاني: أن يتعين على المضطر ارتكاب المحظور، بأن لا تكون وسيلة أخرى من المباحات لدفع الاضطراب.

الشرط الثالث: أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة على القدر الكافي لدفع حالة الضرورة. ولهذه قرر الفقهاء قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها».

الشرط الرابع: أن يكون الضرر المترتب على ارتكاب المحظور أقل من الضرر المترتب على وجود حالة الضرورة. كما قال السيوطي: «الضروريات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها»^(٤).

الشرط الخامس: أن لا يخالف المضطر المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية من تحقيق العدل وحفظ حقوق الآخرين والمحافظة على أصول الدين.

الشرط السادس: أن يتحقق ولي الأمر في حالة الضرورة العامة من وجود ضرر واضح أو حرج شديد على عامة الناس إذا لم يرتكب المحظور.

الشرط السابع: أن يكون زمن الإباحة مقيداً بزمن بقاء العذر، فإذا زال العذر زالت الإباحة، ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «ما جاز لعذر بطل بزواله»^(٥) وقاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع»^(٦).

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: يجوز التلفظ بكلمة الكفر إذا اضطر إليها بالإكراه مع اطمئنان القلب بالإيمان. ومنها: ما إذا وجد حريقاً في بلد واحتجج إلى هدم بعض البيوت لإخماد الحريق وحجزها في جهة معينة جاز الهدم. ومنها: جواز فرض ضرائب استثنائية لسد حاجة الدولة أو دفع العدوان عن البلد^(٧).

ج- مستثنيات القاعدة.

يستثنى من هذه القاعدة القتل بغير حق والاعتداء على عضو من الأعضاء والزنا وضرب الوالدين أو أحدهما، فارتكاب هذه المحظورات ولو في حالة الضرورة لا يعفى الجاني من العقوبة؛ لأن هذه الأفعال لا تباح بحال من الأحوال، وإنما يعتبر الإكراه التام على فعل منها شبهة من الشبهات التي تدرأ بها الحدود^(٨).

٢- قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»

هذه القاعدة كسابقتها اعتبرها السيوطي فرعاً من فروع قاعدة: «الضرر يزال»^(٩).

- (١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٨٥.
- (٢) دور الحكام شرح مجلة الأحكام لملي حيدر، مادة: (٢٤)، ٢٥/١.
- (٣) المرجع السابق ١/٣٤. وبحث الزكاة والضرائب للمؤلف، مجلة الشريعة - الكويت، (٢٩).
- (٤) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي للبرنوس ص ٢٦٢.
- (٥) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٨٨.

- (١) المصباح المنير للقيومي ١٩٤.
- (٢) أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ٨٠/١.
- (٣) نظرية الضرورة لوجهة الزحيلي ص ٦٨.
- (٤) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٨٤.

والأولى اعتبارها فرعاً من قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» لأن الحاجة حالة تستدعي تيسيراً أو تسهلاً. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وضوابطها وتطبيقاتها ومستثنياتها.

أ- معنى القاعدة وضوابطها.

بينت سابقاً معنى الحاجة وهي حالة تستدعي تيسيراً؛ لأن عدم رعايتها يجعل حياة الإنسان عسيرة، وهي تتفق مع الضرورة في أن كلًّا منهما يؤثر في تغيير الحكم فيبيح المحظور ويجيز ترك الواجب ويختلفان من عدة وجوه منها^(١):

الفرق الأول: الضرورة أشدّ باعثاً من الحاجة؛ لأن الضرورة حالة ملجئة تستدعي فعل المحظور لحماية الضروريات الخمس، ولا يسع الإنسان التخلص منها إلا بارتكاب المحظور، أما الحاجة فهي حالة تستدعي التوسع والتسهيل على الإنسان، ويسع الإنسان التخلص منها لكن مع ضيق وحرج.

والفرق الثاني: الضرورة يثبت بها حكم مؤقت بمدة قيام الضرورة، أما الحاجة فيثبت بها حكم دائم ومستمر ويستفيد منها المحتاج وغيره: كالبيع والإجارة والمضاربة، وهي تثبت بنص شرعي ولا تصادم نصاً، ولكنها قد تخالف قاعدة كلية عامة أو قياساً.

وبناء على ذلك فالمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الحاجة العامة سواء أكانت عامة أو خاصة تؤثر في تغيير الأحكام كالضرورة تبيح المحظور، وتجيز ترك الواجب. فحاجات الجماعة مما هي دون الضرورة توجب التسهيل والتيسير سواء أكانت الحاجة عامة تشمل جميع الأمة من زراعة أو صناعة أو تجارة أو سياسة عادلة أو غير ذلك، أم كانت خاصة بفئة من الناس: كالتيجار أو الصناع أو أهل مدينة معينة.

ويشترط لاعتبار الحاجة سبباً من أسباب التيسير عدة شروط نذكر منها^(٢):

- الشرط الأول:** أن تكون الحاجة قائمة لا منتظرة كما بينا في الضرورة.
- الشرط الثاني:** أن لا يؤدي اعتبار الحاجة إلى بطلان ضرورة من الضروريات؛ لأن الضروريات تعتبر أصلاً وأساساً للحاجيات والتحسينات، فلا يراعى ستر العورة أمام الطبيب إذا كان يؤدي إلى هلاك الإنسان.
- الشرط الثالث:** أن لا يؤدي اعتبارها إلى مخالفة قصد الشارع أو ما ورد الشرع به فالإجارة أجزيت لرعاية الحاجة، لكن لا تجوز الإجارة على النوح.
- ب- تطبيقات القاعدة.**

تطبيقات هذه القاعدة كثيرة جداً، وهي إن دلت على شيء فهي تدل على أهمية هذه القاعدة ودخولها في جميع مجالات الفقه الإسلامي من عبادات ومعاملات وعقوبات وعادات وتقاليد اجتماعية وتجارية وغير ذلك، وفيما يلي بيان لبعض هذه التطبيقات: العقود التي أجازها الشارع بنصوص شرعية استثناء من بعض القواعد العامة لحاجة الناس إليها: كالسلم والإجارة، والوصية والجعالة والمضاربة^(١). ومنها: جواز النظر إلى وجه المرأة من أجل المعاملة والإشهاد والخطبة. ومنها: جواز ترجمة معاني القرآن إلى اللغات الأجنبية نظراً لحاجة الناس إلى معرفة الأحكام والدعوة إلى الإسلام. ومنها جواز التصوير «الفوتغرافي» لحاجة الناس في سفرهم وإقامتهم لاثبات شخصيتهم ومراقبة سلوكهم، بل إن ذلك ليس مما نهى الشارع عنه إذ هو عبارة عن مجرد حبس النظر إلى الصورة كالنظر إلى صورة إنسان في المرأة أو الماء^(٢) ومنها: جواز لبس الحرير للرجل لحاجة مرضية: كالجرب أو الحكمة^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٥٦.

(٢) نظرية الضرورة للزحيلي ص ٢٦٧.

(٣) المرجع السابق.

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٥٥

(٢) الموافقات للشاطبي ١٣/٢، ٣٣١.

٣- قاعدة: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل»^(١).

هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وصيغت بعبارة أخرى هي: «إذا بطل الأصل يصار إلى البديل»^(٢) لأن إتيان البديل عند تعذر الأصل رخصة من الرخص. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

التعذر في اللغة: من تعذر عليه أمر إذا تعسر، ويقال تعذر الأمر إذا لم يستقم^(٣). وبطل الشيء يبطل بطلاً وبطالاً وبطلاناً إذا فسد أو سقط حكمه، وأصلها في اللغة ذهاب الشيء وقلة مكنه وليته^(٤). والأصل في اللغة الأساس وأصل كل شيء ما يستند إليه^(٥). والأصل في الاصطلاح يستعمل في عدة معان منها ما ينبي عليه غيره ويقابله الفرع والراجع، والدليل، والقاعدة المستمرة، والمتفرع منه: كالأب أصل للأولاد، والمراد به هنا القاعدة المستمرة، أو ما يجب الوفاء به باستمرار أو ما يجب أدائه باستمرار، أو العزيمة. فإذا تعذر أو تعسر تطبيقه لظروف معينه يتقل الحكم إلى الرخصة، وهو البديل عن العزيمة^(٦). والبديل في اللغة (يفتحتين) والبديل (بالكسر) والبديل كلها بمعنى واحد يدل على قيام الشيء مقام الشيء المذهب أو تنحية الأول وجعل الثاني مكانه^(٧).

وبناء على ما سبق يكون المعنى الإجمالي للقاعدة: هو أن الشيء الواجب أدائه هو الأصل ما دام ممكناً، فلا يصار إلى البديل، فيوفي الأصل لأنه هو الواجب لا بدله، وقد أمكن القيام به، فلا يسد غيره مسده: كالعين المغصوبة إذا كانت قائمة في يد الغاصب ترد عينها ولا يصار إلى المثل أو القيمة، أما إذا تعذر الأداء أو الوفاء بالأصل لسبب من الأسباب فإنه يصار إلى البديل كما إذا هلكت العين المغصوبة في يد الغاصب فإنه يضمن مثلها إذا كانت مثلية وقيمتها إذا كانت قيميّة، ولا يصار إلى القيمة إذا كان المثل ممكناً.

وإذا حكم بالبديل لتعذر الأصل، ثم قدر بعد ذلك على الأصل فهل يرجع إلى الأصل؟

إن كانت القدرة على الأصل بعد أداء البديل فلا يرجع إلى الأصل. أما إذا كانت القدرة على الأصل قبل أداء البديل فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين^(٨):

القول الأول: ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يرجع إلى الأصل، كما لو وجد الماء قبل التيمم، ولأنه إنما انتقل إلى البديل لمانع، وقد زال المانع فيعود إلى الأصل.

والقول الثاني: ذهب فريق آخر من العلماء إلى أنه لا يرجع إلى الأصل لأن الوجوب بالبديل تعلق به تعلقاً مستقراً فلا يصار إلى غيره، ولأن البديل صار بمثابة الأصل.

ويمكن أن يعمل بالقول الأول فيما إذا كان أداء البديل لا يحتاج إلى حكم حاكم، أما إذا كان يحتاج إلى ذلك فيعمل بالقول الثاني عملاً بمبدأ استقرار القضاء.

(١) المتنور في القواعد ٢١٩/١، القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٢٠.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ٢٢٧.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٥٥/٤، المصباح المنير للقيومي ص ٥٤٥.

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٥٨/١، المصباح المنير للقيومي ص ٧١.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ١٠٩/١، المصباح المنير للقيومي ص ٢١. القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٢٠.

(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢١٠/١، المصباح المنير للقيومي ص ٥٤.

(٨) انظر تفصيل ذلك في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٢١.

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة: الأصل في حل لحوم الحيوانات أن تذبح، أما إذا تعدر الذبح فصار إلى الذكاة الاضطرارية كما إذا توحشت الأنعام، أو سقط الحيوان في بئر فإنه يصار إلى جرحه بسهم أو سيف أو غير ذلك^(١).

ومنها: إذا استأجر أحد داراً لشهر مثلاً، فإن جرى عقد الإيجار منذ أول يوم من الشهر فإن الشهر يحسب بنهايته مهما كان عدد أيامه (٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١) ولكن إذا جرى عقد الإيجار بعد مرور عدة أيام من الشهر فصار إلى البذل وهو الشهر التقديري: وهو ثلاثون يوماً^(٢).

ومنها: إذا حج متمتعا بأن جمع بين العمرة بإحرامين وجب عليه هدي المتعة، فإن عجز عنه صار إلى الصيام، أما إن قدر على الهدي قبل الشروع في الصيام فهل يرجع إلى الأصل أم يبقى على البذل؟ خلاف^(٣). يبنى على الخلاف السابق. والراجح أنه يرجع إلى الأصل لأن هذا لا يحتاج إلى حكم حاكم.

ثانياً: القواعد التي تمثل قيوداً أو ضابطاً لقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

١- قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها»^(٤).

هذه القاعدة تعتبر قيوداً في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وبخاصة القاعدة المتفرعة منها: «الضرورات تبيح المحظورات» فكل فعل جُوز للضرورة فلا يتجاوز عنها. وبعبارة أخرى: إذا كانت الضرورات تبيح المحظورات فليس ذلك على الإطلاق، ولكن تقدر

(١) انظر تفصيل ذلك في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٢١.

(٢) شرح مجلة الأحكام لمينر القاضي ١/ ١١٥.

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ٢٠-٢١.

(٤) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٨٦.

بقدرها، فما جاز بناء على الضرورة إنما يجوز أجزؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة، ولا يجوز استباحته على الإطلاق. ويقرب من هذه القاعدة: «إذا اتسع الأمر ضاق»^(١)، وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثنائها.

أ- معنى القاعدة.

القدر: من قدرت الشيء قدراً وأصله في اللغة يدل على مبلغ الشيء وكنهه ونهايته. فالقدر مبلغ كل شيء. يقال قدره كذا أي: مبلغه وكذلك القدر^(٢). والمعنى الإجمالي للقاعدة: كل ما أبيح للضرورة من فعل أو ترك، فإنما يباح بالقدر الذي يدفع الضرر والأذى دون ما عدا ذلك، فلا يباح بالضرورة محظور أعظم محظوراً من الصبر عليها كما أن الاضطرار إنما يبيح من المحظورات مقدار ما يدفع الخطر ولا يجوز الاسترسال ومتى زال الخطر عاد الحظر^(٣).

ومما ينبغي ملاحظته أن على المؤمن الاحتياط عند الأخذ بالرخص وعدم الاسترسال فيها، والأولى الأخذ بالعزائم، كما ينبغي عليه مراجعة العلماء المختصين وسؤالهم فيما يطرأ له من ضرورات وحاجات؛ لأنهم أعلم من غيرهم في تقدير الضرورة والحاجة^(٤)، وتحديد المقدار اللازم من المحظور لدفعها.

(١) المرجع السابق ٨٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦٢/٥، المصباح المنير للفيومي ص ٦٧٥.

(٣) المدخل الفقهي العام للزرقاء ٩٩٦/٢، ونظرية الضرورة للزحلي ص ٢٤٥.

(٤) جعل العلماء مراتب الرغبة في الأشياء خمسة وهي: الضرورة، والحاجة، والمنفعة؛ وهي أن يشتهي الإنسان طعاماً أساسياً؛ كمن يشتهي خبز الحنطة، والزينة؛ وهي أن يشتهي الإنسان شيئاً من الكماليات في عرفنا كمن يشتهي أكل الحلويات والفواكه، والفضول؛ وهو التوسع بأكل الحرام أو المشتهى فيه كمن يريد استعمال أواني الذهب والفضة وشرب الخمر. (عمر عيون البصائر للمحموي ٢٧٦/١، ونظرية الضرورة للزحلي ٢٤٧).

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة^(١)، أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا بقدر ما يسد الرمق أو يدفع عن نفسه خطر هلاك النفس، ومنها: لا يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة إلا بقدر الحاجة، ولا تتداوى المرأة عند طبيب إذا وجدت امرأة تحسن الطب؛ لأن إطلاع الجنس على جنسه أخف محظوراً. ومنها: للخطاب أن ينظر إلى من يريد خطبتها بقدر ما يدعوه إلى الزواج منها كالوجه والكفين. ومنها: بيع من مال المدين جبراً عنه بواسطة القاضي بقدر ما يفي بالديون ويبدأ بالمقتولات ثم العقارات. ومنها: يراعى الحاكم في فرض الضرائب الاستثنائية الاعتدال وأن تكون مناسبة لإمكانات الناس.

ج- مستثنيات القاعدة.

يستثنى من هذه القاعدة عدة صور^(٢) منها: العرايا^(٣) تباح للمفقرات ثم تجوز للأغنياء في الأصح. ومنها اللعان^(٤) جوز حيث تعسر إقامة البينة على زنا الزوجة، ثم جاز حيث يمكن على الأصح. ومنها: الخلع^(٥) أبيح مع المرأة على سبيل الرخصة ثم جاز مع الأجنبية. ٢- قاعدة؛ «ما جاز لعذر بطل بزواله»^(٦).

هذه القاعدة تعتبر قيداً في قاعدة: «المشفقة تجلب التيسير» وبخاصة قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات» وهي قريبة في المعنى من قاعدة: «الضرورة تقدر

بقدرها» بل هي مكملة لها وملحقة بها إلا أن القاعدة السابقة يعمل بها أثناء قيام الضرورة، وهذه القاعدة تبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة.

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن ما جاز فعله بسبب عذر من الأعذار أو طارئ من الطوارئ أو عارض من العوارض فإنه يزول جوازه ومشروعيته بزوال العذر^(١). ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٢).

أ- من جاز له الفطر في رمضان بسبب المرض، ثم شفي منه طوبى بالصيام، وكذلك من أفطر في رمضان بسبب السفر.

ب- من قبلت إشارته في العقود للخرس، ثم زال الخرس طوبى بالتلفظ بالإيجاب أو القبول.

ج- الوكيل تنتهي وكالته إذا علم بعزل الموكل له

د- إذا شب حريق في دار فأخرج صاحبها ما عنده من ودائع للناس وسلمها إلى بعض الجيران، فهو معذور في ذلك ولا يضمنها إن تلفت. لكن إذا انتهى الحريق وتركها عندهم فهلكت كان مقصراً فيضمنها لزوال عذره الذي سوغ وضعها لديهم.

هـ- تجوز شهادة الشاهد على الشاهد لعذر: كالسفر أو المرض أو السجن في مكان لم يكن للقاضي سلطة على إحضاره منه، فإذا زال العذر بأن عاد الشاهد الأصل أو شفي من مرضه أو خرج من السجن فلا تجوز الشهادة على الشاهد لزوال العذر.

(١) الأشياء والنظار لابن نجيم ٨٦، وعزم عيون البصائر للحموي ٢٧٦/١.

(٢) المواهب السنية شرح القرائن البهية ٢٥١/١.

(٣) العرايا: جمع عرية: وهي النخلة التي يهب صاحبها ثمارها لأحد المحتاجين فيبيع رطبها إلى صاحب البستان بقدره من الثمر تخميناً. (الفاموس الفقهي لسعدى أبو جب ص ٢٤٩).

(٤) اللعان: شهادة مؤكدة باليمين المقرونة باللعن، قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ومقام حد الزنا في حق الزوجة (معجم لغة الفقهاء لقلمجي وفتني ٣٩٢).

(٥) الخلع: طلاق الرجل زوجته على مال تبذله له (معجم لغة الفقهاء ص ١٩٩).

(٦) الأشياء والنظار للسيوطي ص ٨٥، الأشياء والنظار لابن نجيم ٨٦.

(١) نظرية الضرورة للزحيلي ص ٢٥٤.

(٢) انظر: الفوائد البهية في القواعد الفقهية لمحمود حمزة ص ١٣، المدخل الفقهي العام للزرقاء ١٠١٣/٢، الفقه الإسلامي وأدلة للزحيلي ٥٧٥/٦.

٣- قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»^(١).

هذه القاعدة تعتبر قيداً في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» فإذا تعذر على المكلف القيام ببعض الواجب، وأمكن القيام ببعض الآخر وجب عليه القيام بالممكن وسقط عنه ما تعذر عليه أو عجز عنه. وإذا كانت قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها» قيداً يعمل بها في نطاق المنهيات، فإن قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور» يعمل بها في نطاق المأمورات. حتى إن ابن القيم جمع بينهما في قاعدة واحدة وهي: «لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة»^(٢) وهي من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي تداولها كثير من الفقهاء حتى قال فيها ابن السبكي: «من أشهر القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^(٣) وقد صيغت هذه القاعدة بصيغ متعددة منها: «إن من كلف بشيء من الطاعات فقدّر على بعضه وعجز عن بعضه، فإنه يأتي بما قدر عليه، ويسقط عنه ما عجز عنه»^(٤) ومنها: «لا يسقط الميسور بالمعسور»^(٥)، ومنها: «أن المتعذر يسقط اعتباره، والممكن يستصحب فيه التكليف»^(٦) ومنها: «من قدر على بعض العبادة، وعجز عن باقيها هل يلزمه الإتيان بما قدر عليه منها أم لا؟»^(٧) ومنها: «أن المقدور عليه لا يسقط بسقوط المعجوز عنه»^(٨) ومنها: «إن ما أوجبه الله تعالى ورسوله أو جعله شرطاً للعبادة أو ركناً فيها أو وقف صحتها عليه فهو مقدر بحال القدرة؛ لأنها الحال التي يؤمر فيها العبد أما في حال العجز فغير مقدور ولا مأمور فلا تتوقف صحة العبادة عليه»^(٩) وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها ومستثناها.

أ- معنى القاعدة.

يبين معنى اليسر عند بيان مفردات قاعدة: «المشقة تجلب التيسير» وهو بمعنى السهل، والعسر بمعنى الضيق والشدة. وسقط الشيء يسقط سقوطاً إذا وقع^(١) وقول الفقهاء: «وسقط الفرض» أي سقط طلبه والأمر به.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه، وإنما يمكن فعل بعضه فيجب فعل هذا البعض المقدور عليه، ولا يترك هذا بترك الكل الذي يشق فعله^(٢).

وقد ذكر ابن القيم أربع حالات للمكلف بالنسبة إلى القدرة والعجز. في الشيء المأمور به والآلات المأمور بمباشرتها من البدن وهي:

الأولى: قدرته بهما. فحكمه الإتيان بهما: كالصحيح القادر على استخدام الماء.

والثانية: عجزه عنهما. فحكمه عدم وجوب الإتيان بهما: كالمرضى العادم للماء.

والثالثة: قدرته بيده وعجزه عن المأمور به: كالصحيح العادم للماء فحكمه الانتقال إلى البدل إن كان له بدل يقدر عليه كالتييم. فإن لم يكن له بدل سقط عنه العملان العاجز عن ستر عورته في الصلاة، فإنه يصلي ولا يعيد.

والرابعة: عجزه بيده وقدرته على المأمور به أو بدله. ولها صور:

الصورة الأولى: المعصوب الذي لا يستمسك على الراحلة، وله مال يقدر أن يحج عنه. فالصحيح وجوبه عليه بماله لقدرته على المأمور به إن عجز عن مباشرة هو بنفسه.

والصورة الثانية: الشيخ الكبير العاجز عن الصوم القادر على الإطعام، فهذا يجب عليه الإطعام كل يوم مسكيناً في أصح الأقوال.

(١) معجم مقاييس اللغة ٨٦/٣.

(٢) بدائع الفوائد لابن القيم ٢٩/٤.

(١) الأنبياء والنظار للسيوطي ص ١٥٩.

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ٢٢/٢.

(٣) الأنبياء والنظار لابن السبكي ١٥٥/١. والحديث سبق تخريجه.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٧/٢.

(٥) المرجع السابق ٢٣/٢.

(٦) الفروق للقرافي ١٩٨/٣.

(٧) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب ص ٩.

(٨) غياث الأمم في التياث الظلم ص ١٢٨.

(٩) تهذيب السنن لابن القيم ٤٧/١-٤٨، وبدائع الفوائد لابن القيم ٣٥، ٣٤/٢.

والصورة الثالثة: المريض العاجز عن استعمال الماء. فحكمه حكم العادم، ويستقل إلى البذل كالشيخ العاجز عن الصيام.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: (١) إذا كان الإنسان مقطوع بعض الأطراف كاليد أو الرجل، فيجب عليه غسل الجزء الباقي من العضو الواجب غسله في الوضوء. وكذلك الحكم في التيمم يجب مسح الجزء الباقي من العضو إذا كان مقطوعاً كله أو بعضه.

ومنها: إذا وجد المتوضيء ماءً لا يكفي لإزالة النجاسة ورفع الحدث غسل النجاسة وتيمم.

ومنها: إذا عجز المصلي عن الركوع والسجود، لكنه قدر على القيام لزمه القيام بلا خلاف عند الشافعية. ومن قدر على الوقوف بهيئة الركوع لتقوس ظهره لزمه الوقوف على هذه الهيئة.

ومنها: إذا فاتت الجمعة وصلها الناس ظهراً يجوز صلاتها جماعة؛ لأن حصول الجمعة قد تسرع وتيسر الجماعة في الظاهر فلا يمنع من فعلها جماعة على الأصل في مشروعية الجماعة والميسور لا يسقط بالمعسور. هذا عند الشافعية والحنابلة وقال الحنفية والمالكية تصلي فرادى لا جماعة.

ج- مستثنيات هذه القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة (٢) كل واجب لم يكن جزؤه عبادة مشروعة: كمن وجد بعض الرقية في الكفارة لا يعتقها لأن الرقية عبادة كاملة وجزؤها ليس في نفسه عبادة. وكذلك لو قدر على صوم بعض يوم دون كله لا يلزمه إمساك الجزء؛ لأن صوم اليوم لا يتبعض. وكذلك إذا عجز في الصلاة عن وضع جبهته على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء

(١) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٩

(٢) المرجعان السابقان.

السجود. قال الحنابلة: لا يلزمه ذلك على الصحيح؛ لأن السجود على بقية الأعضاء إنما يجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له.

٤- قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (١).

هذه القاعدة تعتبر قيداً لقاعدة: «المشفقة تجلب التيسير» فإذا اضطر إلى تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل طعام غيره، فبعد زوال الاضطرار عليه قيمة ما أكل إن كان قيمياً ومثله إن كان مثلياً. وفيما يلي بيان للمعنى الإجمالي للقاعدة وتطبيقاتها.

أ- المعنى الإجمالي للقاعدة:

أباح الشارع أكل مال الغير حال الضرورة إلا أنه قيد ذلك بأن لا يخالف المضطر القواعد العامة في الشريعة من حفظ أموال الناس لهم. فالاضطرار يعدّ معذرة تسقط الإثم وتعفى من عقوبة التجاوز على حق الغير، ولا يعدّ عذراً لإبطال حقوق الغير ولا ينافي الضمان لأن أموال الناس مصونة، فالضرر لا يزال بالضرر، وإنما تتجلى الضرورة في الحفاظ على حياة المضطر. قال الزدوي: «إن أثر الضرورة يظهر في إسقاط الإثم دون الحكم فليرز المضطر بالتعويض. فمن أصابته مخمصة يباح تناول مال الغير ولا يسقط الضمان» (٢) ومما يؤيد ذلك قوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه» (٣) وقوله ﷺ: «لا يحل لامريء من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه» (٤).

ب- تطبيقات القاعدة:

ندرج تحت هذه القاعدة كثير من الفروع الفقهية: (٥)

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٩٩٦.

(٢) كشف الأسرار للزدوي ١/١٥١١. نقلاً عن القواعد الفقهية الكبرى للسدлан ص ٣٠٠.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البر، رقم (٣٢)، ٤/١٩٨٦.

(٤) مستند أحمد بن حنبل ٥/١١٣.

(٥) انظر: القواعد لا بن رجب ٣٦، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام ص ٤٣، الفروق للقرافي

٩/٤، ٩٥/١.

منها: من اضطر إلى قتل جمل صائل أو ثور هائج لأنه هدد حياته تهديداً أشرف فيه على الهلاك الذي لا نجاة معه إلا بالقتل. فإن هذا الاضطرار لا يمنع من ضمان قيمة الجمل أو الثور لصاحبه.

ومنها: إذا أرضعت امرأة طفلاً بأجرة فانتهت مدة الإجارة، لكن الرضيع صار لا يقبل على ثدي غيرها ولم يستغن عن الرضاعة، فإنها تجبر على إرضاعه مدة أخرى لكن بأجرة المثل.

ومنها: لو أشرفت سفينة على الغرق، فألقى الملاح متاع أحد الركاب في البحر ليخفف حمولتها ضمنه.

المبحث الخامس

فقه قاعدة: «العادة مُحْكَمَةٌ»

إن قاعدة: «العادة محكمة» تعدُّ من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، فقد علَّها القاضي حسين^(١)، إحدى القواعد الخمس التي يبنى عليها الفقه الإسلامي، ولذا لم يغفل كتاب من القواعد الفقهية من ذكرها أو ذكر بعض القواعد الفرعية التي تنفرد عنها. وهي تعبر عن مكانة العرف في التشريع الإسلامي، حيث يستند إليه كثير من الأحكام الفقهية في شتى أقسام الفقه وأبوابه، وله سلطان واسع المدى في بناء الأحكام وتجديد بنائها لتجدد العرف وتطوره، إذ تدور عليه عجلة المعاملات بين الناس. قال السيوطي: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعدُّ كثرة: فمن ذلك: سنن الحيض والبلوغ... والنجاسات المعفو عن قليلها... والأنهار المملوكة... وغيرها»^(٢) كما أن هذه القاعدة تعدُّ مظهراً من مظاهر التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم؛ لأنها تدعو إلى اعتبار ما ألفه الناس وتعود عليه واستقر فيه في نفوسهم وعدم نزعمهم من عاداتهم الصالحة الموافقة للشريعة الإسلامية ومقاصدها. وأما غير ذلك من العادات فقد تدرجت الشريعة في نزعمها، ولم تنزعها دفعة واحدة. كما أن لهذه القاعدة تعلقاً ببقية القواعد الست الكبرى والتي سبق بيان بعضها، فالحقود تعتقد بكل ما دلَّ على مقصودها من قول أو فعل، وبكل ما علَّه الناس بيعاً أو إجارة^(٣). ومن شروط اعتبار العرف أن لا يقابله تصريح بخلافه أو نص لأحد المتعاقدين؛ لأن التصريح يقين ودلالة العرف ليست يقينية واعتبار العرف فيه رفع للحرج والمشقة والضرر الذي

(١) هو حسين بن محمد بن أحمد المروزي، شيخ الشافعية في زمانه المتوفى سنة (٤٦٢هـ).

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٠، والأشياء: لابن نجيم ص ٩٣.

(٣) هذا يدل على علاقة هذه القاعدة بقاعدة: «العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني» المنفردة عن قاعدة: الأمور بمقاصدها.

أوجب الإسلام إزالته^(١). والممتنع عادة كالممتنع حقيقة؛ فهي تتعلق بقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ولكي نترك أهمية قاعدة: «العادة محكمة» لا بد من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد التي تتعلق بها.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «العادة محكمة»

يشتمل هذا المطلب على بيان معنى مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة، والمعنى الإجمالي لها، وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: معنى مفردات القاعدة والألفاظ ذات الصلة.

١- العادة:

العادة لغة: مأخوذة من العود، فيقال: عاد يعود عوداً وعادة؛ جمعها عاد وعادات وعوائد، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها مرة بعد مرة. وأصل العود في اللغة يدل على معنيين: الأول: التثنية في الأمر، ومنه العادة. والثاني: العود الجنس من الخشب، ومنه العود وهو خشبة دقت، والعود البخور^(٢).

والعادة في الاصطلاح: «ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد مرة»^(٣) وعرفها الشيخ زكريا الأنصاري بأنها: «ما استقرت الناس فيه على حكم العقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى»^(٤)، والأولى التعبير بالاستمرار، لأنه يناسب العود إليه مرة بعد أخرى.

ومن الألفاظ ذات الصلة بالعادة: العرف، والسنة، والدأب. وفيما يلي بيان لحقيقة كل لفظ والعلاقة بينه وبين العادة.

- (١) هذا يدل على علاقة هذه القاعدة بقاعدتي: «الضرر يزال»، «والمشقة تجلب التيسير».
- (٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨١/٤، المصباح المنير للفيومي ص ٥٩٦.
- (٣) التعريفات للرجزاني ص ١٨٨.
- (٤) الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة للشيخ زكريا الأنصاري ص ٧٢.

أ- العرف.

العرف لغة: مأخوذ من عرف الشيء، وهو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم. وهو في أصل اللغة يطلق على معنيين. الأول: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض. والثاني: السكون والطمأنينة. والراد به هنا التتابع، وما تطمئن إليه النفس. فإذا اطمن الناس إلى شيء وسكنوا إليه وتتابع العمل به صار معروفاً وسمي عرفاً^(١).

والعرف في الاصطلاح: «ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، ونقلته الطباع بالقبول»^(٢).

والعادة والعرف مترادفان في استعمال الفقهاء وبناء الأحكام عليهما^(٣).

ب- السنة.

السنة في اللغة: من سنت الماء على وجهي أسنة سنّاً إذا أرسلته إرسالاً. وأصله في اللغة: جريان الشيء وإطراده في سهولة، ومنه السنة الطريقة وسيرة الرسول ﷺ، وإنما سميت السنة بذلك؛ لأنها تجري جرياً^(٤).

والسنة في الاصطلاح: «الطريقة المسلوكه في الدين من غير افتراض وجوب»^(٥).

والفرق بين العادة والسنة أن العادة ما يديم الإنسان فعله من قبل نفسه. وأما السنة فهي يفعلها الإنسان على مثال سبق كسنة النبي ﷺ^(٦).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٨١/٤، المصباح المنير للفيومي ص ٥٥٣.

(٢) التعريفات للرجزاني ص ١٩٨، الحدود الأنيقة للأنصاري ص ٧٢.

(٣) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٠/١، شرح المجلة للقاضي ٩٥/١.

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦٠/٣، المصباح المنير للفيومي ص ٣٩٦.

(٥) التعريفات للرجزاني ص ١٦١.

(٦) الفروق في اللغة للمسكري ص ٢٢٠.

ج- الدأب.

الدأب في اللغة: من دأب في العمل دأباً ودُعوباً جدّ فيه وداوم عليه. وأصله في اللغة الملازمة والدوام^(١).

والدأب: «العادة المستمرة دائماً على حالة»^(٢). ومنه قوله تعالى: ﴿كَذَٰبٍ ءَالٍ يَزْعُونَ﴾ [آل عمران: ١١] أي كعادتهم التي يستمرون عليها.

والفرق بين العادة والدأب أن العادة تشتمل على الأمور الاختيارية والاضطرارية. فالاختيارية: كعمود شرب النبيذ وما يجري مجراه مما يكثر فعله فيعاده ويصعب عليه مفارقتها. والاضطرارية: مثل أكل الطعام وشرب الماء لإقامة الجسد ولبقاء الروح. في حين أن الدأب لا يكون إلا في الأمور الاختيارية ألا ترى أن العادة في الأكل والشرب المقيمين للبدن لا تسمى دأباً^(٣).

٢- الضحكة:

المضحكة في اللغة: اسم مفعول من التحكيم، وهو مأخوذ من الحكم. وأصله في اللغة المنع، وسمي الحكم بذلك لأنه يمنع من الظلم. ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس لفض النزاع القائم بينهم^(٤).

ومعنى المضحكة في القاعلة: أن العادة هي المرجع للفصل عند التنازع^(٥).

ومن الألفاظ ذات الصلة بالضحكة: المحكمة، والقضاء.

أ- المَحْكَمَة:

المَحْكَمَة (بفتح الميم والكاف) جمعها محاكم، وهي المكان الذي يصدر منه الحاكم أو القاضي الحكم^(١).

ب- القضاء:

القضاء لغة: الحكم، وأصله في اللغة يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته^(٢).

والقضاء في الاصطلاح: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»^(٣).

والفرق بين القضاء والحكم أن القضاء يقتضي فصل الأمر على التمام. وأما الحكم فيقتضي المنع من الخصومة والخلاف^(٤).

ثانياً: المعنى الإجمالي للقاعدة.

إن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حَكْماً لاثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، وبعبارة أخرى: أن للعادة في الاعتبار الشرعي حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقتضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة^(٥).

وقد صاغ الفقهاء قاعدة أخرى في معنى هذه القاعدة وهي: «استعمال الناس حجة يجب العمل به»^(٦). أي أن التعامل الجاري بين الناس حجة يجب الرجوع إليه والعمل به بشروطه. كما لو استعان شخص بآخر لبيع متاعه في السوق، وبعد البيع طالبه الرجل بأجرته. فينظر إلى تعامل أهل السوق: فإن كانت العادة أن يعمل مثل هذا العمل بالأجرة فله أجرة مثله وإلا فلا^(٧).

- (١) معجم لغة الفقهاء لقلنجي وقنيبي ص ٤١٣.
- (٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٩٩/٥.
- (٣) شرح منح الجليل لعليش ١٣٦/٤.
- (٤) الفروق في اللغة للعسكري ص ١٨٤.
- (٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص ١٦٥.
- (٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٧).
- (٧) القواعد الفقهية لمحي هلال السرحان ص ٤٢.

- (١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٢١/٢، المفردات للراغب الأصفهاني ص ١٧٤، معجم التبريرات القرآنية لمحمد عترس ص ١٠٧.
- (٢) المفردات للراغب الأصفهاني ص ١٧٤.
- (٣) الفروق في اللغة للعسكري ص ٢٢٠.
- (٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٩١/٢، المصباح المنير للفيومي ص ١٩٩.
- (٥) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للبورنو ص ٢٧٣.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «العادة محكمة»

إن قاعدة: «العادة محكمة» دخلت التقعيد الفقهي منذ وقت مبكر، أصلها الكرخي، حيث قال في أصوله: «الأصل أن السؤال والخطاب يمضي على ما عم وغلب لا على ما شذ ونذر، والأصل أن جواب السؤال يمضي على ما تعارف كل قوم في مكانهم»^(١). ويرجع سبب هذا التقعيد المبكر للقاعدة أنها تستند إلى نصوص من القرآن والسنة. ومن الأدلة التي تدل عليها:

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم.

استدل العلماء لهذه القاعدة بالآيات التي دلت على مراعاة العرف والعادة منها:

١- قوله تعالى: ﴿ خُذِ الصَّوَامَ وَالْعَمْرُوفَ بِأَمْرِ الْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْبُهْلِيلِ ﴾ [الأعراف: ١٩٩] فالآية تدل على اعتبار العرف، وهي أصل لهذه القاعدة، كما ذكر كثير من العلماء^(٢)، منهم السيوطي حيث قال: «قال ابن الغرس المعنى: اقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يردده الشرع. وهذا أصل القاعدة الفقهية في اعتبار العرف»^(٣).

٢- وقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يُضْعِفُونَ أَوْلَادَهُمْ حَوَافِئَ كَامِلَةً لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ إِنْ ضَعَفُوهُ يُضْعِفُونَ لَهُمْ مَا رَزَقْنَاهُمْ أَفَلَا يَذَكَّرُونَ ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. فالآية واضحة الدلالة في اعتبار العرف في التشريع؛ لأن المراعى في أجرة الرضاع للألم إذ طلبتها حال الزوج يساراً وإعساراً وتوسطاً، لا حال الزوجة ولا حالهما^(٤) لقوله تعالى: ﴿ لَا تَضَعُوا لَهُمْ مَا رَزَقْنَاهُمْ إِنْ ضَعَفُوهُ يُضْعِفُونَ لَهُمْ مَا رَزَقْنَاهُمْ أَفَلَا يَذَكَّرُونَ ﴾. ومراعاة حال الزوج تقضي تحكيم العرف والعادة في ذلك.

٣- وقوله تعالى: ﴿ يُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِمَّن سَعَىٰ وَمَنْ يَخِرْ عَلَيْهِ يَدْفَعْهُ فَلَْيُفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ﴾ [الطلاق: ٤٧] فهي تدل على اعتبار العرف وبناء الأحكام^(٥) عليه، وقد بنى استدلاله على أن الاتفاق ليس له تقدير شرعاً، ولكنه مفوض إلى العرف والعادة.

٤- وقوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّحٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١] فهي تدل على اعتبار العرف في المنة المفروضة للمطلقة التي لم يُسم لها مهر، فيراعى حال المرأة فيها^(٦).

٥- وقوله تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا الذِّكْرُ آمَنًا يَسْتَوِدُّكُمْ مِنَ اللَّهِ مَلَكَتْ أَيْدِيكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَلْمُزُوا أَلْعَلَّكُمْ مِثْرُكَ لَمَّا كُنْتُمْ فِي قُلُوبِكُمْ وَبَيْنَ أَصْحَابِكُمْ مِنَ الظَّاهِرَةِ وَمِنْ بَدْرِ صَلَوةِ الْمَرْءِ تَلَدَّتْ عَوْرَتِي لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَفَاتٌ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ الْآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ [النور: ٥٨] فقد استدل بهذه الآية العلافي على اعتبار العرف والعادة في التشريع الإسلامي حيث قال: «أمر الله تعالى بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتدال ووضع الثياب، فاتبني الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه»^(٧).

ثانياً: الأدلة من السنة النبوية:

استدل العلماء لهذه القاعدة بأدلة كثيرة من السنة نذكر منها:

١- عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال: «خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف»^(٨) فالمراد بالمعروف في الحديث القدر الذي علم بالعادة أنه الكفاية^(٩) وهو يدل على اعتبار العرف في التشريع الإسلامي؛ لأن مقدار النفقة يرجع فيه إلى العادة.

- (١) أحكام القرآن لابن العربي ٣٠٢/١.
- (٢) تفسير المنار لمحمد رشيد رضا ومحمد عبده ٤١٢/٢.
- (٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلافي ٤٠١/٢، وشرح الكوكب المنير للفتوحي ص ٣٩٢.
- (٤) صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب (٩)، ١٩٣/٦.
- (٥) نيل الأوطار للشوكاني ٣٦٣/٦.

- (١) أصول الكرخي مع تأسيس النظر ص ١١٢.
- (٢) انظر: الفروق للقرافي ١٤٩/٣، تبصرة الحكام لابن فرحون ٦٥/٢، الكوكب المنير للفتوحي ص ٣٩٢.
- (٣) الإكليل في استنباط التنزيل للسيوطي ص ١١٠.
- (٤) المرجع السابق ص ٤١.

٢- عن حمّة بنت جحش قالت: كنت استحاض حيضة كثيرة شديدة فأتيت النبي ﷺ استفتيه وأخبرته، فوجدته في بيت أختي زينب. فقال ﷺ: «تحضي ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله، ثم اغتسلي، فإذا رأيت أنك قد طهرت واستنقأت فصلّي أربع وعشرين ليلة أو ثلاثاً وعشرين ليلة وأيامها وصومي وصلي فإن ذلك يجزئك وكذلك فافعلي، كما تحيض النساء وكما يطهرون لميقات حيضهن وطهرهن..»^(١)، فردّ رسول الله ﷺ أمر حمّة إلى العرف الظاهر والأمر الغالب من أحوال النساء، كما حمل أمرها في تحيضها كلّ شهر مرة واحدة على الغالب من عاداتهن ويدل على ذلك قوله: «كما تحيض النساء» وهذا أصل في قياس أمر النساء بعضهن على بعض في باب الحيض والحمل والبلوغ وما أشبه هذا من أمورهن. وينبشه أن يكون ذلك منه ﷺ على غير وجه التخيير بين الستة والسبعة، ولكن على معنى اعتبار حالها بحال من هي مثله، وفي مثل سننها من نساء أهل إقليمها، فإن كانت عادة مثلهن أن تقعد ستاً فقعدت ستاً، وإن سبعا فسبعا^(٢).

٣- روي عن محبصة بن مسعود الأنصاري أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط (بستان) رجل فأفسدت فيه، فكلم رسول الله ﷺ فيها: «فقضى أن حفظ الجواظ بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهن بالليل»^(٣) قال العلائي: «وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية وبناؤها عليها؛ لأن عادة الناس إرسال مواشيهم بالنهار للرعي، وحبسها بالليل للمبيت. وعادة أهل البساتين الكون في أموالهم بالنهار -غالباً- دون الليل. فبنى النبي ﷺ التضمن على ما جرت به عادتهم»^(٤).

٤- وعن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ: «الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة»^(١)، ووجه الدلالة أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع اعتبر عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن^(٢).

٥- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «قدم رسول الله ﷺ المدينة، وهم يسلفون الثمر السنة والستين، فقال ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم»^(٣). فهو يدل على اعتبار العرف في التشريع.

ثالثاً: الآثار.

١- ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(٤).

اعتبره كثير من العلماء حديثاً مرفوعاً إلى النبي ﷺ وأصلاً لقاعدة: «العادة محكمة»^(٥) والصحيح أنه ليس بحديث مرفوع. قال العلائي: «لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث عنه وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه»^(٦).

٢- ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قضى في متاع البيت: «أن ما كان للرجال فهو للرجال، وما كان للنساء فهو للنساء»^(٧) فهو يدل على اعتبار العرف في التشريع.

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، رقم (٣٣٤٠)، ٢٩٨/٣. وهو صحيح.

(٢) المجموع المذهب للعلائي ٢/٤٠٤.

(٣) صحيح البخاري، كتاب السلم، باب (٢)، ٤٤/٣.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩.

(٥) المرجع السابق، المبسوط للسرخسي ١٢/٤٥، ١٣٨/١٣، شرح الكوكب المنير للفتوحي ٣٩٢.

(٦) المجموع المذهب للعلائي ٢/٤٠٠.

(٧) السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٦٩.

(١) سنن الترمذي، كتاب الطهارة، باب (٩٥)، ٢٢١/١، وقال: حسن صحيح.

(٢) معالم السنن للخطابي ١/٨٨-٨٩.

(٣) سنن أبي داود، كتاب البيوع، رقم (٣٥٦٩)، ٢٤٦/٣. وإسناده حسن.

(٤) المجموع المذهب في قواعد المذهب للعلائي ٢/٤٠٥.

رابعاً: الإجماع.

أجمع العلماء على اعتبار العرف في الأحكام الشرعية حتى قال القرافي المالكي: «نقل عن مذهبنا أن من خواص اعتبار العادات والمصلحة المرسله وسد الذرائع، وليس كذلك أما العرف فيشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها»^(١) فأبو حنيفة وأصحابه يذهبون إلى أن الزرع إذا أصابته جائحة فأنتلفته فإن الخراج الموقوف يسقط عنه، وتلك عادة طبقها الأكاسرة في العراق أيام حكمهم^(٢) كما أنهم صححوا الشروط التي تعارفها الناس. والإمام مالك عمل بالعرف واعتبره نوعاً من المصلحة. والإمام الشافعي لما ذهب إلى مصر غير مذهبه تبعاً لتأثير العادات والأعراف. والإمام أحمد اعتبر كثيراً من الأعراف وبخاصة في تطبيق الأحكام وتفسير النصوص. قال الشيخ محمد أبو زهرة: «ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه»^(٣).

خاصة: المصقول.

إذا كانت مراعاة العرف ضرباً من ضروب المصلحة فما وجوه المصلحة المتحققة من ذلك^(٤).

١- في اعتبار العرف رفع للحرج عن الناس وتيسير عليهم.

٢- في اعتبار العرف إقامة التكليف وتحقيقه فالعرف جرى بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة كما في القصاص فلو لم تعتبر العادة شرعاً لم ينحتم القصاص ولم يشرع.

٣- لأن في عدم اعتبار العرف في التشريع تناقضاً لا تقبل به الشريعة لأن الشريعة جاءت بمبدأ امتناع التكليف بما لا يطاق، فإذا لم نعتبر العرف فكأننا قررنا عكس ذلك المبدأ.

(١) مختصر التقيح ص ٧٦ نقلاً عن أصول الفقه الإسلامي لمحمد شلي ص ٣٢٢.

(٢) المرجع السابق.

(٣) كتاب الإمام مالك لمحمد أبو زهرة ص ٣٣٦.

(٤) المواقف للشاطبي ٢/ ٢٨٨.

المطلب الثالث: تحليل عناصر قاعدة: «العادة محكمة».

إن قاعدة: «العادة محكمة» تتكون من العناصر التالية:

الموضوع وهو العادة أو العرف، والحكم هو اعتبار العادة، ومناط الحكم، ومقصود القاعدة الشرعي. وفيما يلي بيان لتلك العناصر.

أولاً: موضوع القاعدة:

موضوع قاعدة: «العادة محكمة» هو العادة أو العرف، وفيما يلي بيان لنشأة العادة، وأنواعها.

١- نشأة العادة وسلفاتها على النفوس:

تنشأ العادة من تصرفات الأفراد، فكل عمل اختياري لا بد له من باعث^(١)، وهذا الباعث إما خارجي كظهور منفعة شيء وإما داخلي نفسي: كحب الانتقام الدافع إلى التأثر، والحياء الشديد الدافع إلى اعتزال الناس أو السكوت. فإذا ارتاح الفرد للفعل الذي مال إليه وكرره أصبح بذلك التكرار عادة له. وإذا حاكاه الناس بدافع حب التقليد وتكرر المحاكاة وانتشرت بين الناس أصبحت بذلك عرفاً، والذي هو في الحقيقة عادة الجماعة. وكما يجري هذا في الأفعال يجري في الأقوال أيضاً كالمصطلحات التي تنشأ بين أهل الحرف أو العلوم أو الأديان.

وترجع نشأة العادة في المجتمعات إلى ثلاثة أسباب وهي:

الأول: الحاجة وهي تعد سبباً لمعظم العادات إذ يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص، فيتكرر العمل ويشيع بين الناس حتى يصبح عرفاً دارجاً: كوقف الكتب وبيع الوفاء.

(١) بتصرف من المدخل الفقهي لمصطفى الزرقاء ٢/ ٨٢٣-٢٢٧.

الثاني: صدور أمر سلطاني أو توجيه حكومي للقيام بعمل من الأعمال: كعادة الاحتفال بالمولد النبوي التي نشأت بتوجيه من الحكم الشيوعي الفاطمي.

وثالثاً: وراثي تناقله الخلف عن السلف كما في كثير من العادات التي كانت منتشرة عند الجاهليين: كعادة الأربعين للميت وواد البنات.

وللعادة سلطان كبير على النفوس وتحكم في العقول، فمتى رسخت اعتبرت من ضرورات الحياة؛ لأن العمل بكثرة تكراره تألفه الأعصاب والأعضاء ولا سيما إذا اقتضته الحاجة، ولذلك يقول علماء النفس: «إن العادة طبيعة ثانية». ويقول ابن عابدين: «إن في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً عظيماً»^(١) وقد اعتبرت القوانين الوضعية العرف مصدرأ أساسياً في التشريع^(٢).

٢- أنواع العادة أو العرف.

قسم العلماء العادة أو العرف باعتبارات مختلفة إلى أقسام:

التقسيم الأول: تقسم العادة أو العرف -باعتبار الموضوع أو متعلقه- إلى قسمين قولي (لفظي) وعملي.

أ- العرف القولي أو اللفظي:

وهو الذي يسميه الأصوليون بالحقيقة العرفية^(٣) ويسميه بعض الفقهاء بالعادة في اللفظ^(٤) وهو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين

(١) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف لابن عابدين، ضمن مجموعة رسائله ١١٥/٢.

(٢) أصول القانون لعبد المنعم الصدة ص ١٢٣.

(٣) الحقيقة العرفية هي: ما صار اللفظ دالاً فيها على المعنى بالعرف لا باللغة وقد يكون تارة أعم من المعنى اللغوي: كالرقبة تطلق في العرف على جميع البدن، وتارة أضيق: كاختصاص الفقيه ببعض العلماء وتارة يكون مابناً كالفاظت: وهو المظلم من الأرض. (مجموع الفتاوى لابن تيمية ٩٦٧/٧).

(٤) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقراني ٢٣٤.

بحيث يصبح ذلك المعنى هو المفهوم المتبادر منها إلى أذهانهم عند الإطلاق بلا قرينة ولا علاقة عقلية^(١). وعرفه ابن عابدين بأنه: «يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى»^(٢) مثل استعمال «البيت» في بعض البلدان بمعنى الغرفة وفي بعضها الآخر بمعنى الدار.

ب- العرف العملي: وهو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية^(٣). وبعبارة أخرى: ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه في معاملاتهم وتصرفاتهم^(٤). وهو الذي يطلق عليه الفقهاء «ما جرى عليه العمل» أو «الماجريات»^(٥) ومثاله في الأفعال العادية ما ينشأ بين الناس من عادات تتعلق بالأكل والشرب واللباس والركوب والحرق والزراعة وغير ذلك ومثاله في المعاملات المدنية التي يقصد منها إنشاء الحقوق بين الناس أو تصفيتاها أو إسقاطها اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء الثقيلة مثل الحطب والفحم والقمح أن تكون حملتها على البائع. وتعارف الناس في الزواج تعجيل جزء من المهر وتأجيل الباقي، وتعارف الناس على أجرة معينة عند نقل الركاب من مكان إلى مكان.

التقسيم الثاني: يقسم العرف -باعتبار عمومته وخصوصه- إلى عام وخاص.

أ- العرف العام: وهو ما يشترك فيه غالب الناس في جميع البلاد على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم وثقافتهم ومستوياتهم^(٦). وينظم ذلك كثيراً من الظواهر الاجتماعية المنتشرة في العالم: كبيع المعاطاة، والاستصناع (عقد المقاوله)، وتقسيم مهر الزوجة إلى معجل ومؤجل.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٨٤٥/٢.

(٢) تنبيه الرقود على مسائل التقود لابن عابدين، ضمن مجموعة رسائله ٥٦/٢.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٨٤٦/٢.

(٤) الأعراف البشرية في ميزان الشرعية الإسلامية لعمر الأشقر ص ٦٢.

(٥) الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي ٤٠٥/٢.

(٦) الأصول العامة للفقه المقارن لمحمد تقي الحكيم ص ٤٢٠.

ب- **العرف الخاص:** وهو الذي يخص بلد أو فئة من الناس دون أخرى^(١).
كالأعراف التي تسود في بلد أو قطر خاص، أو تسود بين أرباب مهنة خاصة: كمرف
التجار فيما يعد عيباً ينقص الثمن في البضاعة المبيعة، أو لا يعد عيباً أو عرفهم في
بعض البلاد أن يكون ثمن البضائع المبيعة، أو لا يعد عيباً أو عرفهم في بعض البلاد أن
يكون ثمن البضائع المبيعة بالجملة مقسماً إلى أقساط معلومة. وكعرف المحامين تقسيم
أجرة المحامي إلى معجل ومؤجل إلى حين ربح الدعوى.

التقسيم الثالث: تقسم العادة باعتبار نص الشارع على اعتبارها أو عدم نصه- إلى
عامة وجارية بين الخلق مما ليس فيه نص شرعي^(٢).

أ- **فالعادات الشرعية:** هي التي كلف بها الشرع وأمر بها إيجاباً أو ندباً أو نهى عنها
كرهية أو تحريماً أو أذن فيها فعلاً أو تركاً وثبت في ذلك بالنص من كتاب أو سنة أو
إجماع.

وهذه العادات ثابتة أبداً كما في الأمر بالصلاة وستر العورة وإباحة ما أباحه من
المعاملات، والأمر بإزالة النجاسة ومشروعية الزواج والطلاق.

ب- **والعادات الجارية بين الخلق** مما ليس فيه نص شرعي (العادات غير
الشرعية) وهي تنوع إلى نوعين:

النوع الأول: العادات الجارية الثابتة، وهي لا تختلف باختلاف الأزمان والأماكن
والأشخاص والأحوال؛ لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وراثته. كشهوة الطعام
والشراب والحزن والفرح، وميل الإنسان إلى ما يلائمه ونفوره عما لا يلائمه. ولما كانت
تلك العادات أسباباً لمسيبات حكم بها الشارع واعتبرها وبني عليها الأحكام.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٨٤٨/٢.

(٢) انظر: الموافقات للشاطبي ٢/٢٨٣-٢٨٦، أثر العرف في التشريع للسيد صالح عوض
٩٥-١٢١، من القواعد الفقهية الهامة العادة محكمة لخليل نصار ١٠٥-١١١.

والنوع الثاني: العادات الجارية (غير شرعية) المتبدلة: وهي ما كان للزمان أو المكان
أو الحال دخل في تبدلها وتغيرها، ويتنظم تحتها عدة صور منها:

الصورة الأولى: العادات التي تختلف باختلاف البقاع والبيئات، فتكون في بعضها
حسنة وفي البعض الآخر قبيحة: مثل كشف الرأس، فإنه لذوي المروءات قبيح في البلاد
المشرقية، وغير قبيح عند أهل المغرب. هذا في الماضي أما الآن فقد تغير عند أهل
المشرق أيضاً. ومن الأمثلة أيضاً الأكل في الشوارع والأسواق، فقد ذكر الفقهاء أنه يقدح
في العدالة؛ لأنه مخل بالمروءة. وقد أصبح الآن غير قبيح عند كثير من الناس. فإذا تغير
مناط الحكم تغير الحكم.

الصورة الثانية: العادات التي تختلف باختلاف الأقوال والألفاظ المعبرة عن المقاصد
والنيات أو ما يريد الإنسان قوله أو فعله، وكذلك المصطلحات المستخدمة بين أهل
الحرف والمهين والمذاهب. فهذه تختلف باختلاف الجماعات والمذاهب
والمصطلحات، فيحمل اللفظ على عادة المتكلم بحسب ما يفهم عند أمثاله، ويدخل
تحت هذه الصورة الألفاظ المستعملة في الأيمان والعقود والطلاق كناية وتصريحاً.

الصورة الثالثة: العادات التي تختلف باختلاف الأفعال في المعاملات: كالعادة في
البيع والشراء نقداً أو نسيئة، والعادة في قبض الصداق.

الصورة الرابعة: العادات التي تختلف بحسب أمور خارجية عن إرادة المكلف
كاختلاف الأقطار حرارة أو برودة وأثر ذلك في الإسراع بالبلوغ في الاقطار الحارة، وبطئه
في البلاد الباردة، وكذلك أثرها في مدة الحيض ومدة الحضانة وسن اليأس وغير ذلك.

الصورة الخامسة: ما يكون في أمور خارقة للعادة كبعض الناس تصير له خوارق
العادات عادة جارية، فإن الحكم عليه يتزل على مقتضى عاداته الجارية لا المطردة
الدائمة بشرط أن تصير العادة الأولى الزائلة لا ترجع إلا بخارقة أخرى. ومن الأمثلة على
ذلك البائل أو المتفوط من جرح حدث له حتى صار كالمخرج المعتاد له. أما المخرج
المعتاد في الناس فأصبح في حكم العدم.

ثانياً: الحكم الكلي للقاعدة: اعتبار العادة في الأحكام الشرعية.

إن قاعدة: «العادة محكمة» تتضمن حكماً كلياً، وهو اعتبار العادة في الأحكام الشرعية؛ بحيث تجعل حكماً لاثبات الحكم الشرعي سواء كانت عامة أو خاصة، ولها سلطان واسع المدى في استنباط الأحكام وتجديدها وتعديلها وتحديدتها وإطلاقها وتقييدها فهي تعمل في المجالات التالية:

المجال الأول: تفسير النصوص التي وردت مطلقة، ولم يأت الشرع ولا اللغة بتفسيرها. كما قال ابن تيمية: «كل اسم ليس له حد في اللغة، ولا في الشرع، فالمرجع إلى العرف»^(١).

والمجال الثاني: بناء الأحكام الشرعية عليها للقضايا التي لم يرد فيها نص شرعي. فصوص الشرعية لا يمكن أن تستوعب جميع التفصيلات والاحتمالات فلا بد من الرجوع إلى العرف لبناء الأحكام عليه. ومن الأمثلة على ذلك القراض (المضاربة) فقد أجمع العلماء على أنها لم تستند إلى نص مرفوع إلى النبي ﷺ، وإنما أجيّزت؛ لأنها كانت معاملة معروفة فتعامل بها الصحابة^(٢).

والمجال الثالث: تجديد بناء الأحكام الشرعية وتعديلها مما هو مبنى أصلاً على العادات والأعراف، فإذا تغيرت تلك العادات والأعراف وجب تغيير الحكم. ولهذا قال القرافي: «إن إجراء الأحكام التي مدرّكها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»^(٣). وقال أيضاً: «الحمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»^(٤).

بهذا يتبين أن العادة ليست دليلاً مستقلاً من أدلة الشريعة الإسلامية من قرآن أو سنة وإنما ترد إليهما لاعتبارها وبناء الأحكام الشرعية عليها، ولهذا قرر الفقهاء لاعتبارها عدة شروط وهي:

١- أن لا تخالف العادة نصاً من كتاب أو سنة أو أصل قطعي في الشريعة الإسلامية: كتعارف الناس التعامل بالربا، فإن هذا العرف يسمى بالعرف الفاسد أو الباطل.

٢- أن تكون العادة مطردة أو غالبية بأن يكون العمل بها مستمراً في جميع الحوادث أو في أغلبها. كما قال السيوطي: «إنما تعتبر إذا طردت، فإن اضطربت فلا»^(١) وقال ابن نجيم: «إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت»^(٢) فلا يضير العادة شيء إن تخلفت في بعض الوقائع القليلة النادرة. كما يقول الشاطبي: «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها انحرافها ما بقيت عادة على الجملة»^(٣) أما إذا اضطربت العادة، وصارت مشتركة بين العمل بها والعمل بغيرها، فلا تعتبر. كما قال الغزالي: «ولا يصلح - أي العرف المشترك - مقيداً؛ لأنه لما كان مشتركاً صار متعارضاً»^(٤).

وقد علل ابن عابدين ذلك: بأن العرف المشترك يؤدي إلى التردد في المعنى المراد فلا يقطع بأن المتكلم قصد هذا المعنى أو غيره فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقيق الاشتراك؛ لأنه يقتضي تساوي المعنيين دون ترجيح لأحدهما. فالعرف المشترك غير معتبر ولا يعمل به، ولا يبنى عليه حكم. ومثاله: أن يوجد عرف في بلد بأن جهاز الأب لابنته المتزوجة من ماله يعتبر عارية، ووجد عرف آخر في نفس البلد يعتبر جهاز الأب لابنته هدية وتساوى العرفان. وجهاز الأب ابنته وحصل نزاع بين الأب وابنته حول هذا الجهاز هل هو عارية يرد إلى الأب أم هدية تملكه البنت ولا بينة لأحدهما. لم يصلح

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩.

(٣) الموافقات للشاطبي ٢٨٨/٢.

(٤) المستصفى للغزالي نقلاً عن نشر العرف لابن عابدين ١٣٤/٢.

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٠/٧.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٣٦٥/٥.

(٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي ص ٢٣١.

(٤) الفروق للقرافي ١/١٧٧.

هذا العرف دليلاً لأحد الخصمين للتعارض ولا مرجع لكن القول قول الأب يمينه، لأنه المعطي وهو أدري بصفة الإعطاء^(١).

٣- أن تكون العادة موجودة عند إنشاء التصرف؛ بأن تكون سابقة للتصرف أو مقارنة له، وإلا فلا تعتبر كما قال السيوطي: «العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر»^(٢)، وأضاف ابن نجيم: «ولذا قالوا لا عبرة بالعرف الطاريء»^(٣)، وذلك لأن القاعدة أن ما له عرف أو عادة في لفظ إنما يحمل لفظه على عرفه السائد، أما العادات الطارئة بعد النطق فلا يقضي بها على النطق، فإن النطق سالم من معارضتها فيحمل على اللغة^(٤). ومن الأمثلة على ذلك لو أن شخصاً وقف سنة ألف هجرية مزرعة على علماء الأزهر، وكان المتبادر من كلمة العلماء من لهم خبرة كافية بعلوم الدين واللغة العربية وإن لم يحمل شهادة، ثم حدث عرف في هذا الزمان يطلق هذا اللفظ على حملة الشهادة العالية لا غيرهم، ورفعت دعوى من العلماء الذين لم يحصلوا على هذه الشهادة. فالقاضي يفسر هذا اللفظ بالعرف الذي كان سائداً وقت إنشاء الوقف، وهو كل من حاز صفة العلم، ولا يحمله على العرف الحالي^(٥).

٤- أن لا تعارض العادة شرطاً للعائدين أو أحدهما بعدم العمل بها، كما ذكر العز بن عبد السلام: كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلي السنن الرواتب، ويقتصر على الفروض صح، ووجب الوفاء به، لأن تلك الأوقات إنما خرجت على الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوز الشرع، ويمكن الوفاء به جاز^(٦) ومن الأمثلة

أيضاً: إذا كان العرف جارياً على أن يدفع المستأجر أجرة البيت مقدماً في أول كل شهر، فاتفقا على دفع الأجرة في آخر الشهر جاز.

ثالثاً: العلاقة بين العادة والحكم الكلي.

إن العلاقة بين موضوع قاعدة: «العادة محكمة» والحكم الكلي فيها: (اعتبار العادة في أصل الأحكام) وهو سد حاجات الناس، فالعادات تولدها الحاجات المتجددة المتطورة واعتبارها يسد حاجة الناس إليها، فتصبح تلك العادات نظاماً حاكماً تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس، وتكشف عن معاني كلامهم ومراميهم، وترسم حدود الحقوق والالتزامات^(١).

فالمتكلم يحتاج إلى حمل كلامه على لغته وعرفه، فيصرف الكلام إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وإن خالفت المعاني الحقيقية، لأنه لم يقصدها وإنما قصد المعاني العرفية ولهذا قرر الفقهاء: «الحقيقة تترك بدلالة العادة» وكذلك المتصرف بحاجة أن تحمل تصرفاته على ما تقتضي به العادة والعرف؛ لأنها هي المقصودة، ولهذا قرر الفقهاء: «التعين بالعرف كالتعيين بالنص» و«المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

رابعاً: مقصود القاعدة الشرعي:

إن مقصود قاعدة: «العادة محكمة» هو رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم وتحقيق مصالحهم. قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكَ فِي الْيَمِينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] ورفع الحرج يتحقق بمراعاة عادات الناس وأعرافهم الصالحة. وكذلك اعتبار المصالح يقتضي اعتبار العادات في الأحكام الشرعية^(٢).

(١) نشر العرف لابن عابدين ١٣٤/٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١.

(٤) شرح تنقيح الفصول للقرافي تعلقاً عن «العادة محكمة» لنصار ص ٨٧.

(٥) العرف والعادة، في رأي الفقهاء لأحمد أبو سنة ص ٦٥.

(٦) قواعد الأحكام في مصالح الأنعام للعز بن عبد السلام ١٨٦/٢.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٨٥٠/٢.

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٨٨/٢.

المطلب الرابع : تطبيقات القاعدة.

إن اعتبار العرف والعادة يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، وقد تعرضنا لبعضها عند بيان عناصر القاعدة، وساكفي بذكر بعض التطبيقات التي تبني على العرف.

١- نص الفقهاء على أنه ينظر إلى العادة في الحيض، فلو زاد الدم على أكثر الحيض يرد إلى أيام عاداتها. وقد اختلف الفقهاء في عدد المرات التي تثبت بها العادة: فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح إلى أنها تثبت بمرة واحدة، فلو كانت عاداتها ثلاثة أيام، ثم رأت الدم أربعة أيام انتقلت عاداتها إلى الأربعة واعتبر الرابع حيضاً. وإن كانت عاداتها أربعة ثم رأت خمسة انتقلت العادة إلى خمسة وكان الخامس حيضاً وهكذا إلى العشرة. فإذا جاوزت العشرة كانت مستحاضة وترد إلى عاداتها^(١)، وذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى أنها لا تثبت بمرة واحدة، بل لا بد من مرتين أو ثلاث. والراجح ما ذهب إليه الجمهور من أن العادة تثبت بمرة واحدة إذا غلب على الظن تكرارها.

٢- نص الفقهاء على أن العمل المفسد للصلاة مفوض إلى العرف، فلو كان العمل بحيث لو رآه يظن أنه خارج الصلاة أفسدها وإلا فلا^(٢).

٣- ثبوت المالية في الأشياء يكون بالعرف حيث يتحدد به ما يعدّ مالاً شرعاً وما لا يعدّ، فكل ما ينتفع به عادة، ويجري فيه البذل والمنع يعدّ مالاً. أما ما لا ينتفع به عادة فليس بمال^(٣). وكذلك بالنسبة للنقود فكل ما تعارف الناس على اعتبارها ثمناً للأشياء تعتبر نقوداً، وإلا فلا. قال ابن تيمية: «وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح»^(٤).

(١) بدائع الصنائع للكاظمي ٤١/١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤، حاشية الدسوقي ١/١٦٩

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٩٦.

(٣) نظرية العرف للخطيب ص ١٠٧.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٩/٢٥١.

٤- حقوق الارتفاق: كحق الشرب، وحق المسيل، وحق الجوار وغير ذلك وما يتعلق بها من أحكام تستند إلى العرف السائد في البلد ولذا قد تختلف من بلد إلى بلد^(١).

٥- توجد كثير من البيوع التي بنى الجواز فيها على العرف: مثل السلم، والاستصناع كما بينا سابقاً.

٦- توجد كثير من الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية تعتمد على العرف ومن ذلك:

أ- الهدايا التي يقدمها الخاطب للمخطوبة، إذا عدل الخاطب عن الخطبة فليس له حق استرداد الهدايا-إذا كان العدول منه، أما إذا كان منها فله حق استرداد الهدايا. ويرجع في ذلك إلى العرف ويتبع عادة الناس^(٢).

ب- الكفاءة في الزواج تحمل على العرف. كما قال ابن قدامة: «فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف»^(٣).

ج- تقدير النفقة للزوجة والأولاد والأقارب يعتبر العرف في تقديرها، ويراعى حال اليسار والفقر مما يختلف فيه طباع الناس وأعرافهم وأوقاتهم.

٧- العقوبة بالتعزير يراعى في تقديرها الظروف والأحوال التي ارتكبت فيها الجريمة وما جرى به العرف في كل ما يعدّ زجراً وتأديباً.

٨- إفتاء الناس والقضاء بينهم يبنى على العرف والعادة. ولهذا اشترط الفقهاء المجتهد والمفتي والقاضي أن يكون عالماً بالأعراف الجارية في زمنه، ولا يجوز له إفتاء الناس بأحكام بنيت على أعراف قديمة. قال ابن القيم: «ومن أفنى الناس بمجرد المنقول

(١) نظرية العرف للخطيب ص ١١٠-١١٥

(٢) القواعد الفقهية للسدّان ص ٣٨٢.

(٣) المغني لابن قدامة ٤٩/٦.

بالكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمتههم وأمكنتههم وأحوالهم وقرائن أحوالهم، فقد ضلّ وأضلّ، وكانت جنائته على الدين أعظم من جنائته من طب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمتههم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضّر ما على أديان الناس وأبدانهم»^(١).

المطلب الخامس: القواعد المتعلقة بقاعدة: «العادة محكمة»

تتعلق بقاعدة: «العادة محكمة» عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فرعاً في القاعدة أو أثراً، أو قيداً فيها. وفيما يلي بيان لأهم هذه القواعد.

أولاً: القواعد التي تمثل فرعاً أو أثراً لهذه القاعدة.

يتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد منها:

١ - قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٢)

هذه القاعدة تندرج تحت قاعدة: «العادة محكمة» وتتفرع عنها، لأنها تعبر عن سلطان العرف العملي وأثره في إنشاء الحقوق والالتزامات. فهو يكون في قوة العبارة المنشئة للحق والالتزام^(٣) كما يعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح: فكما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعورف لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتد العمل به بدون شرط^(٤) وقد صيغت هذه القاعدة بعبارة أخرى منها قاعدة: «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي»^(٥)، وقاعدة: «كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف»^(٦)، وقاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»^(٧) وقاعدة:

«المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ»^(٨) وقاعدة: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص»^(٩).

أ - معنى القاعدة:

المعروف هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم والمشروط ما يشترطه أحد المتعاقدين أو كلاهما ليلتزم في العقد.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن ما تعارف عليه الناس في معاملاتهم أو اعتادوا التعامل عليه لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف المار ذكرها. ومن ذلك ألا يكون مخالفاً لنص من نصوص الشريعة الإسلامية. أما إذا خالف نصاً بخصوصه فلا يعتبر ذلك العرف كتعارف الناس تضيمن المستعير والمستأجر ما تلف من العين المستعارة أو المأجورة بدون تعد منه ولا تقصير، فلا يعتبر ذلك العرف ولا يراعى لمصادمته نصاً شرعياً.

ب - تطبيقات القاعدة:

تطبيقات هذه القاعدة كثيرة تذكر منها^(١٠): إذا استعمل رجل مال غيره المعد للإجارة أو الاستغلال، فعليه أجرة المثل، لأن المعروف أن المعد للاستغلال لا يستعمل إلا بأجرة.

ومنها: إذا اشترى شخص سيارة، فإن توابعها من عدة ومفاتيح وعجل احتياطي تدخل في المبيع ولو لم ينص على ذلك؛ لأن الناس تعارفوا ذلك.

ومنها: البيع بالتعاطي، فقد أقر كثير من الفقهاء انعقاد البيع بالقبض والدفع دون إيجاب وقبول باللفظ.

(١) المرجع السابق.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٤٥) ودرر الحكام لعلي حيدر ٤٦/١.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ١٨٤، شرح المجلة لمعير القاضي ١٠٦/١، شرح المجلة لعلي حيدر ٤٦/١.

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٥٠/٣.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩.

(٣) المدخل الفقهي للشيخ مصطفى الزرقاء ٨٦٣/٢.

(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ١٨٣.

(٥) القواعد الفقهية لمحي هلال السرحان ص ٤٤.

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤٠/٧.

(٧) القواعد الفقهية لصالح السدنان ص ٤٥١.

ومنها: أن ناظر الوقف يستحق أجره المثل، ولو لم يشترط له الواقف أجره؛ لأن المعروف أن المتولي لا يتحمل كلفة التولية بلا أجره.

ومنها: أن خيوط الثوب والأزرار وسائر الكلف تكون على الخياط، لأن هذا هو المعروف.

لكن إذا صرح المتعاقدان عند العقد بمخالفة المعروف عرفاً فالعبرة حينئذ تكون لما صرح به لا إلى المعروف عرفاً. كما لو صرح الخياط عند استلام القماش أن تكون الأزرار على صاحب الثوب فلا ينظر إلى العرف.

ومنها: إذا أعار شخص آخر سيارة إعاره مطلقاً، فلا يجوز للمستعير أن يحمل عليها غير المعتاد المتعارف: كمن يحمل في سيارة الركاب حديداً، وكذلك لا يجوز له أن يسلك بها طريقاً وعراً فإذا هلكت بسبب ذلك ضمن.

٢- قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»^(١)

هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة إلا أن القاعدة الأولى عامة، وهذه خاصة بعرف التجار وأرباب الصنائع والحرف. ويمكن أن تصاغ بصياغة أخرى: «المعروف بين أهل كل طائفة كالمشروط بينهم»^(٢) ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٣) ما ذكره الفقهاء من أنه لو باع التاجر في السوق شيئاً بشمن، ولم يصرحا بحلول أو تأجيل، وكان المتعارف بين التجار أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً انصرف إليه بلا بيان. ولو باع شيئاً بديارهم وأطلق نزل على النقد الغالب. وثبت خيار العيب للمشتري بالعيوب الموجبة لنقص المالية في عادات التجار^(٤).

٣- قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»^(١)

هذه القاعدة تنفر عن قاعدة: «العادة محكمة» لأنها تتعلق بأحد أقسام العرف، وهو العرف القولي حيث إن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه، وإن كان مخالفاً للمعنى اللغوي.

أ- معنى القاعدة:

الحقيقة: اللفظ المستعمل فيما وضع له أصلاً^(٢): كلفظ الأسد للحيوان المفترس، والدابة في كل ما دب على الأرض. ويطلق عليها الحقيقة اللغوية. ويقابلها الحقيقة الشرعية: وهي الألفاظ التي وضعها الشارع للدلالة على معاني خاصة: كالصلاة والصيام والحج. ويقابلها أيضاً الحقيقة العرفية: وهي إما عامة: كاللفظ الذي غلب استعماله في غير مسماه اللغوي: كلفظ الدابة في ذوات الأربع. وإما خاصة: كالألفاظ التي يستعملها بعض الطوائف كاصطلاح لهم كالفاعل والمفعول به عند النجاة، والجوهر والعرض عند المناطق^(٣).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا كان للمصطلح معنيان أحدهما حقيقي والآخر عرفي، فإن المعنى الحقيقي يترك ويحمل المصطلح على المعنى العرفي عند المتعاقدين. فالיום في عرف إجارة العمال ثمان ساعات أو تسع، ومعناه الحقيقي أكثر من ذلك فيرجع إلى المعنى العرفي ويترك المعنى الحقيقي.

فتعتبر العادة هنا بمعنى القرينة الدالة على العمل بالمعنى المجازي وترك المعنى الحقيقي كما قال في شرح التوضيح: «لا بدّ للمجاز من قرينة تمنع إرادة الحقيقة عقلاً أو حساً أو عادة أو شرعاً»^(٤) وقال ابن عابدين: «التحقيق أن لفظ الواقف والموصي

(١) الأشياء والنظائر للسبوطي ص ٩٥، والأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٩٧

(٢) معجم لئمة الفقهاء للفلمنجي وقنيبي ص ١٨٣.

(٣) الرجز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي للبورنو ٢٩٩.

(٤) شرح التوضيح للفتاواني ٩٢/١.

(١) مجلة الأحكام، مائة (٤٤).

(٢) أثر العرف في التشريع للسيد صالح عرض ص ٤٥٥.

(٣) الأشياء والنظائر لابن نجيم ص ٩٥، والأشياء والنظائر للسبوطي ٩٢

(٤) حاشية الدسوقي ١١٨/٣.

والحالف والتأخر، وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولاً^(١).

وضابط هذه القاعدة: ما إذا كان المعنى الحقيقي غير مستعمل لتعذره أو لكونه أصبح مهجوراً شريعاً أو عادة: كما لو حلف شخص أن لا يأكل من هذه الشجرة وكان الأكل من نفس الشجرة متعذراً، فإنه يصار إلى المعنى المجازي فيحمل على ثمار الشجرة، فإن أكل ثمرها حث في يمينه وإلا فلا، ولو أكل من نفس الشجرة أو من أوراقها. هذا إذا كانت الشجرة مثمرة؛ أما إذا كانت غير مثمرة فيحمل الأكل على الانتفاع بثمرها. أما إذا كان المعنى الحقيقي مستعملاً بصورة أكثر من المجازي أو مساوية فإنه يصار إلى المعنى الحقيقي باتفاق. وإذا كان المعنى الحقيقي مستعملاً بصورة أقل فعند أبي حنيفة يصار إلى المعنى الحقيقي وعند صاحبين يصار إلى المعنى المجازي لأنه هو الغالب في الاستعمال^(٢).

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا حلف شخص أن لا يضع قدمه في دار فلان، فإن كلامه يحمل على المعنى المجازي حتى لو دخل دار فلان راكباً أو محمولاً حث. ولو مدّ رجله في دار فلان، وهو خارج فلا يحنث^(٣).

ومنها: صبح الماضي في العقود: كعبث وهبث وأجرت ينقذ العقد بها، وإن كانت للماضي وضعا لأنها جملت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع^(٤).

ومنها: جواز التقاط الثمار التي يتسارع إليها الفساد من البساتين ما لم توجد دلالة المنع^(٥).

ومنها: لو حلف أن لا يأكل رأساً فلا يحنث بأكل رأس عصفور، لأن العرف خص الرأس برأس الأنعام الذي يباع للأكل في الأسواق^(٦).

٤- قاعدة: «الكتاب كالخطاب»^(٧)

هذه القاعدة تنفخ عن قاعدة: «العادة محكمة» لأنها تعبر عن سلطان العرف اللفظي وأثره في الأحكام، ومما يقوم مقام اللفظ في التعبير عن القصد الكتابة، فيصار إليها عند الحاجة. كما قال ابن القيم: «فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده ووضح بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كانت بإشارة أو كتابة أو إيماء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له مפרدة لا يخل بها»^(٨) فيعمل بالكتاب المكتوب على الوجه المتعارف ويعد حجة على من حرره. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

الكتاب لغة: من كتب يكتب كتاباً والاسم الكتابة: وهي الخط^(٩). وعرفه الجرجاني بأنه: «تصوير اللفظ بحروف هجاء»^(١٠) والخطاب من خاطبه مخاطبة وخطاباً، وهو الكلام بين متكلم وسماع^(١١).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر تعقد به العقود: من بيع وإجارة وكفالة وغيرها، فللمعاقد أن يعقدا ذلك بينهما بطريق الكتابة

- (١) المرجع السابق.
- (٢) مجلة الأحكام العدلية مادة (٦٩).
- (٣) أعلام الموقعين لابن القيم ٢١٨/١.
- (٤) المصباح المنير للفيومي ص ٧١٩.
- (٥) التبريرات للجرجاني ص ١٣٣.
- (٦) المصباح المنير للفيومي ص ٢٣٦.

- (١) رسالة نشر العرف لابن عابدين ١٣٣/٢.
- (٢) شرح المجلة لمير القاضي ١٠٢/١.
- (٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٦٧.
- (٤) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه للبورنو ٣٠١.
- (٥) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٦٧.

كما جاز لهما العقد بطريق المشافهة، ولكن يشترط في الكتاب أن يكون مستيناً أي يمكن قراءة خطه، فإن لم يكن مستيناً: كالخط على الماء أو في الهواء فلا عبرة به. كما يشترط فيه أن يكون مرسوماً أي جارياً على الرسم المعتاد بأن يكون معنوتاً ومصداقاً ومكتوباً حسب الأصول القانونية المعروفة في البلد^(١). والحاصل أن كل كتاب يحرق على الوجه المتعارف يعد حجة على كاتبه كالنطق باللسان.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: إذا كتب شخص كتاباً إلى شخص غائب، قائلاً فيه: «إنني قد بعث منك سيارتي بألف دينار. وقبل المرسل إليه المبيع بذلك المبلغ في مجلس قراءة الكتاب، أو كتب كتاباً للبائع يخبره فيه بقبوله انعقد العقد. جاء في شرح المادة (١٧٣) من المجلة: يجري حكم هذه المادة -يعني اعتبار الكتابة- في جميع العقود من إجارة ووكالة وهبة وغير ذلك^(٢).

ه- قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»^(٣)

هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «العادة محكمة» لأنها تعبر عن سلطان العرف اللفظي وأثره في بناء الأحكام، وأن الإشارة تقوم مقام اللفظ كما ذكرنا في القاعدة السابقة.

أ- معنى القاعدة:

الإشارة: إقامة الحركة مقام النطق في التعبير^(٤). والأخرس مأخوذ من خرس الإنسان خرساً منع الكلام خلفه أوباقه، فهو أخرس، والأشئ خرساء والجمع خُرس^(٥). والبيان: الإظهار والوضوح والكشف عن المقصود. ويراد به الكلام الذي يبين به ما في قلبه، وسمي الكلام بياناً لكشفه عن المعنى المقصود إظهاره^(٦).

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقاء، ص ٢٨٥، شرح المجلة للفاضل ١/١٣٢.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/١٢١.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٠).

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلمجي وقتيبي ص ٦٨.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص ٢٢٧.

(٦) المرجع السابق ص ٩٧، والمفردات للراغب ص ٦٩.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن إشارة الأخرس المعهودة أو المعروفة مقاصده منها تقوم مقام الكلام أو النطق باللسان. لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس ولو وقع في الحرج الشديد. ويشترط في اعتبار إشارة الأخرس أن تكون مفهومة معهودة يفهمها كل من وقف عليها، فإذا كانت تعبر عن عقد النكاح فلا بد أن تكون مفهومة للشاهدين، وإذا كانت تعبر عن الطلاق فلا بد أن يصحبهما صراخ وتصويت لأن العادة منه في ذلك، فكانت بياناً لما أجمله^(١).

ب- تطبيقات القاعدة ومستثنياتها:

الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام النطق في جميع العقود من بيع وإجارة وهبة ورهن ونكاح ورجعة وظهار وغير ذلك. ثم ذكر السيوطي صوراً لا تعتبر فيها إشارة الأخرس^(٢).

الأولى: لا تقبل شهادته بالإشارة في الأصح.

الثانية: لا ينعقد يمينه في الإشارة إلا في اللعان.

والثالثة: إذا خاطب بالإشارة في الصلاة لا تبطل صلاته على الصحيح.

والرابعة: إذا حلف لا يكلم شخصاً فأشار إليه لا يحث.

والخامسة: إسلام الأخرس بالإشارة لا يصح في قول، حتى يصلي بعدها والصحيح

صحته.

٦- قاعدة: «المتنع عا كالممتنع حقيقة»^(٣)

هذه القاعدة اعتبرها الشيخ مصطفى الزرقاء فرعاً من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»^(٤) والأولى اعتبارها فرعاً من قاعدة: «العادة محكمة» لأن العادة هي المعمول عليها في الحكم على الأمور الممتنع وقوعها، ولا ينظر فيه إلى الإمكان العقلي.

(١) غمز عيون البصائر للحموي ١/١٨٨.

(٢) الأنشياء والنظائر للسيوطي ص ٣١٢.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٨).

(٤) المدخل للفقيه للزرقاء ٢/٩٧٧.

أ- معنى القاعدة:

المنتع مآخوذ من المنع، فيقال: منعه الأمر ومن الأمر منعاً فهو ممنوع وأصله في اللغة: خلاف الإعطاء^(١). والمنتع لذاته في الاصطلاح: «ما يقتضي لذاته الدم»^(٢) وهو المنتع حقيقة، فلا يمكن وقوعه عقلاً. وهو المستحيل. فهذا لا يقبل الإدعاء فيه، بل يرفض: كمن ادعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه. والمنتع عادة: هو الذي لا يعهد وقوعه، وإن كان فيه احتمال عقلي بعيد: كمن ادعى شخص معروف بالفقر على آخر أموالاً جسيمة لا يعرف أنه أصاب مثلها يارث أو غيره لا تسمع دعواه ولا تقبل بينة ما لم يثبت مصدراً لهذا المال^(٣).

ومعنى القاعدة الإجمالي: أن دعوى المستحيل عادة أو المنتع عادة لا تسمع كدعوى المستحيل حقيقة. لكن الظاهر أن المنتع حقيقة يستقل الحاكم برد الدعوى فيه بدون حاجة إلى سؤال الخصم عنها ويستبد به، ولا حاجة إلى أن يدفع الخصم بأنها ممتنعة حقيقة وأنها لا تسمع. في حين أن دعوى المنتع عادة تحتاج إلى سؤال الخصم عنها؛ فإن دافع بأنها لا تسمع لامتناعها عادة ردّها القاضي حيثئذ؛ لأن الخصم لو أقر بالمدعى به لدى الحاكم نفذ عليه الحكم^(٤).

ب- تطبيقات القاعدة

من تطبيقات هذه القاعدة: ادعى شخص أن الجنين الذي في بطن هذه المرأة باعه داراً بعشرين ألف دينار فادعاه غير صحيح لأنه أسند إلى سبب مستحيل عادة. ومنها: إذا ادعى شخص أن زيدا المعروف أنه في السجن أنه غصب فرسه يوم الدعوى فلا تسمع دعواه لامتناع ذلك عادة^(٥).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٧٨/٥، المصباح المنير للفيومي ص ٧٩٧.

(٢) التعريفات للرجاني ص ٢٩٦، معجم لغة الفقهاء لمعلجي ورتبي ص ٤٦٠.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٧١، المدخل الفقهي لمصطفى الزرقاء ٩٧٧/٢.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٧٢.

(٥) شرح مجلة الأحكام لقاضي ٩٩/١ والقواعد الفقهية للسرمان ص ٤٢.

٧- قاعدة: «لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان»^(١):

هذه القاعدة تنفر عن قاعدة: «العادة محكمة» لأن العادات تنقسم إلى ثابتة ومتبدلة، وهذه القاعدة تتعلق بالقسم الثاني، فنفر عن تغيير الأحكام المبنية على الأعراف تبعاً لتغيير العادات والأعراف والأحوال^(٢). أما القسم الأول، وهو العادات الثابتة، فلا مجال لهذه القاعدة فيها. فتبقى أحكامها ثابتة لا تتغير ولا تبدل كالأحكام الثابتة بالنصوص الشرعية. وهي قاعدة مهمة عظيمة النفع لا يستغنى عنها طالب علم ولا فقيه ولا مجتهد نبه على أهميتها كثير من العلماء مثل القرافي^(٣) وابن القيم^(٤) والشاطبي^(٥) ونظراً لأهميتها سأفصل القول فيها فأبين معناها وأدلها وعناصرها وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

النكر لغة: من نكر الشيء وأنكره إنكاراً لم يقبله قلبه ولم يعترف به لسانه، وأنكرت عليه فعله إنكاراً إذا عبته ونهيته، والإنكار خلاف الاعتراف. وأصله في اللغة خلاف المعرفة التي يسكن إليها القلب^(٦). والتغير مأخوذ من غيرت الشيء تغييراً إذا أزلته عما كان عليه فتغير هو. وأصله في اللغة يدل على اختلاف

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٣٩).

(٢) ذكر الزرقاء في المدخل الفقهي ٩٣٧/٢ أن هذه القاعدة ينبغي أن تندرج تحت قاعدة: «المصالح المرسلة» لأن فساد الذمم وقلة الورع وكثرة الطمع والمستحدثات الجديدة ليست أعرافاً يتعارفها الناس وينتجون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي إحلال في الأخلاق يضيف الثقة. أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني. وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، فيجب أن يتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي.

(٣) تكلم القرافي عن هذه القاعدة في أغلب كتبه: مثل كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (ص ٢٣١) في الإجابة عن السؤال التاسع والثلاثين، وفي الفروق (١٧٦/١).

(٤) تعرض ابن القيم لهذه القاعدة في أعلام الموقعين (٣/٣-٥٨) تحت عنوان: «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والنيات والعوائد».

(٥) فضل الشاطبي القول في هذه القاعدة في الموافقات (٢/٢٨٥).

(٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٧٦/٥، المصباح المنير للفيومي ص ٨٥٨.

شيتين^(١) والأحكام: جمع حكم وهو في اللغة القضاء، وأصله في اللغة المنع^(٢).
والحكم في الاصطلاح: «إسناد الأمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً»^(٣) والحكم الشرعي:
«خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقضاء أو التخيير أو الوضع»^(٤) والأزمان:
جمع زمان وزمن، وهو اسم لقليل الوقت وكثيره، وبعبارة أخرى: «المدة من الوقت
قصيرها وطولها»^(٥) والمراد بتغير الزمان في هذه القاعدة تغير أحوال الناس وعاداتهم
وأعرافهم بتقلبات الأزمان عليهم.

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن الأحكام الجزئية في الواقع إذا كانت مبنية على
العرف في زمن قد تبدل في أمثالها من الوقائع لتبدل العرف والعادة في هذا الزمان، فإن
العادات تبدل بتبدل الأزمان. فالأحكام المبنية عليها تبدل أيضاً تبعاً لتبدلها^(٦) أما الأحكام
المبنية على نصوص شرعية أو أعراف ثابتة، فلا تتغير ولا تبدل بتقلبات الأزمان وتبدلها.

ب- الأدلة على هذه القاعدة.

يستدل لهذه القاعدة بأدلة كثيرة من القرآن والسنة وآثار الصحابة والإجماع والمعقول.
وفيما يلي بيان لتلك الأدلة.

١- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ هَازُوا الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْوَيْلِ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَبْرُونَ
يَنْتَلُوا وَيَنْتَلُوا مِنْكُمْ مِائَةً يَنْتَلُوا أَلَمْ يَكُنْ كَقَوْلِهِمْ قَوْلٌ لَا يَفْقَهُونَ. أَلَمْ
خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَكَيْفَ أَنْتَ يَكُنْ صَفْحًا إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةً صَابِرَةً يَنْتَلُوا بِأَنْتَ إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ
أَلْفٌ يَنْتَلُوا أَلْفَيْنِ بِإِذْنِ اللَّهِ وَاللَّهُ مَعَ الصَّابِرِينَ﴾ [الأنفال: ٦٥-٦٦].

قال ابن عباس في تفسير هاتين الآيتين: لما نزلت «إِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عَشْرُونَ صَابِرُونَ»
شق ذلك على المسلمين حين فرض ألا يفر أحد من عشرة فجاء التخفيف^(١): «الآن
خفف الله عنكم...» فهذا ليس من قبيل النسخ الأصولي، وهو رفع الحكم إلى الأبد،
وإنما هو تغيير للحكم بحسب الحال، ففي حال القوة يعمل بالآية الأولى، وفي حال
الضعف يعمل بالآية الثانية.

٢- وقوله ﷺ: «مَنْ ضَحَّى مِنْكُمْ فَلَا يَصْبِرُنَ بَعْدَ ثَلَاثَةِ وَلَا يَبْقَى فِي بَيْتِهِ مِنْهُ
شَيْءٌ»^(٢) فقد نهى النبي ﷺ عن إدخار لحوم الأصاحي فوق ثلاثة أيام وأمر بالتصدق
بالباقى، ثم أباح في العام التالي لهم الإدخار. فقال ﷺ: «كُلُوا وَأَطْعَمُوا وَادْخَرُوا، فَإِنْ
ذَلِكَ الْعَامَ كَانَ بِالنَّاسِ جَهْدٌ فَارِدَتْ أَنْ تَعْتِنُوا فِيهَا» وفي رواية: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ
الدَّافَةِ الَّتِي دَفَتْ، فَكُلُوا وَادْخَرُوا وَتَصَدَّقُوا»^(٣) فالنهي في السنة الأولى يحمل على حالة
معينة طارئة، وهي وجود ضيوف وافدين على المدينة، وهم يحتاجون إلى الإكرام
والمواساة. وفي السنة التالية ارتفع ذلك الظرف العارض وزالت تلك العلة، فأذن لهم عليه
السلام بالادخار؛ مما يدل على أن الحكم المبني على حالة طارئة يتغير بتغير تلك الحالة.

٣- أمر عثمان رضي الله عنه بالتقاط ضالة الإبل والتعريف بها لتغير حال الناس في
زمنه فقد روى الإمام مالك عن ابن شهاب الزهري قال: «كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ
عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مَوْبِلَةً تَنْتَاجُ لَا يَمْسُهَا أَحَدٌ حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ أَمَرَ
بَتَعْرِيفِهَا، ثُمَّ تَبَاعَ فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أَعْلَى ثَمْنَهَا»^(١) مع أن الرسول ﷺ قال عندما سئل
عنها: «مَعَهَا سَفَاوُهَا وَحِذَاوُهَا تَرُدُّ الْمَاءَ وَتَأْكُلُ الْعُشْبَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا»^(٢) فهي قادرة
على العيش وحدها. فهي ترد الماء وتأكل العشب ولا يخاف عليها من اعتداء الذئب
خلافاً للغنم، ولا يخاف عليها من أخذ الصحابة لها وإخفافها بقوة الوازع الديني عندهم،
فلما خف الوازع الديني وتغير الحال أمر عثمان بالتقاطها لاختلاف الحال.

- (١) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٣٢٤، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/٤٤.
- (٢) صحيح مسلم، كتاب الأصاحي، رقم (٣٤) ٣/١٥٦٣.
- (٣) صحيح مسلم، كتاب الأصاحي، رقم (٢٨)، ٣/١٥٦١.
- (٤) موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك ٢/١٢٩.
- (٥) صحيح البخاري، كتاب العلم، (٢٨)، ١/٣١.

- (١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٤٠٣، المصباح المنير للفيومي ص ٦٢٩.
- (٢) المصباح المنير للفيومي ٢٠٠.
- (٣) التعريفات للجراني ١٢٣.
- (٤) الأحكام للأمامي ٤٩/١، حاشية الباني على جمع الجوامع ١/٤٠١ إرشاد الفحول للشوكاني ص ٥.
- (٥) معجم لغة الفقهاء للقمي وفتحي ص ٢٢٣.
- (٦) شرح مجلة الأحكام للقاضي ٩٩/١.

4- إجماع العلماء على أن الأحكام المبنية على الأعراف المتغيرة تتغير بتغير الأعراف والعادات. وممن نقل الإجماع القرافي حيث قال: «ألا ترى أنهم -الفقهاء- أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عينا انتقلت العادة إليه، وألغينا الأول لانتقال العادة منه. وكذلك الإطلاق في الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب»^(١).

5- ولأن الجمود على الأحكام المبنية على أعراف متغيرة يوقع الناس في حرج شديد ومشقة وتكليف ما لا سبيل إليه. كما قال ابن القيم في وصف فصل: (تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد): «هذا فصل عظيم الفع جدا وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة في أعلى رتب المصالح لا تأتي به»^(٢). وقال القرافي: «الجمود على المقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»^(٣).

ولهذا اشترط الفقهاء والأصوليون في المفتي الذي يتصدى للإفتاء أن يكون عارفاً بأحوال الناس وعاداتهم. فقال ابن عابدين: «والتحقيق أن المفتي في الواقع لا بد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس»^(٤) لأن كثيراً من الأحكام الاجتهادية ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية والأخلاق العامة، فكم من حكم كان تدبيراً أو عاجلاً ناجماً لبيئة في زمن معين فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه أو أصبح يفضي إلى عكسه بتغير الأوضاع والوسائل والأخلاق. وعن هذا افتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها

الأولون. وصرح هؤلاء المتأخرون بأن سبب اختلاف فتواهم عن سبقيهم هو: «اختلاف الزمان وفساد الأخلاق» فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لدعلوا إلى ما قاله المتأخرون^(٥).

ج- عناصر هذه القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من عدة عناصر رئيسية وهي الأحكام التي تخضع للتغير، وأسباب تغير الزمان، والمقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان. وفيما يلي بيان لهذه العناصر.

١- الأحكام التي تخضع للتغير.

الأحكام الشرعية نوعان: الأول: ما يكون مستنده صريح النص من القرآن والسنة والإجماع. فهذا النوع لا يخضع للتبديل والتغير، لأن التغير نسخ للأحكام الشرعية، ولا نسخ بعد وفاة النبي ﷺ. كحرمة المحرمات المطلقة ووجوب التراضي في العقود.

والنوع الثاني: ما يكون مستنده الاجتهاد من مصلحة أو قياس أو عرف أو عادة. فهذا النوع هو محل التغير والتبديل ويراعى فيها تحقيق العدل وإحقاق الحق وجلب المصالح ودفع المفاسد وليس تبدل الأحكام إلا بتبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع فإن تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً وأنجع في التقويم علاجاً^(٦).

٢- أسباب تغير الزمان:

الزمان ظرف يجمع عادات الناس وأحوالهم وعلومهم وضرورياتهم وحاجياتهم وأوضاعهم التنظيمية والإدارية والإجراءات التي تحقق لهم المصالح وتدفع عنهم المضار. وهي تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان. ولذلك يمكن إرجاع أسباب تغير الزمان إلى الأسباب التالية:

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٢٣-٩٢٤.

(٢) المرجع السابق.

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٢٢٢.

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣.

(٣) الفروق للقرافي ١/١٧٧.

(٤) نشر العرف في بناء الأحكام على العرف لابن عابدين ١١٧/٢.

السبب الأول: فساد أخلاق الناس وضعف الوازع الديني، وهو الذي يسمى: «فساد الزمان»^(١) حيث ينشأ عن ذلك تبدل وتشدد في بعض الأحكام، كما في وجوب النقاظ صالة الإبل في عهد عثمان رضي الله عنه.

السبب الثاني: تغير العادات والأعراف التي جعلها المجتهد منأطاً لحكم شرعي، فإن هذا التغير يوجب تبدل الحكم وتغييره. ومن أمثلة هذا السبب ما يتعارفه الناس من شؤون المعاملات: كعادة قبض المهر قبل الدخول، وتقسيم المهر إلى مؤجل وممعل. وسقوط خيار الرؤية برؤية غرفة من غرف الدار لجريان العرف في الزمن القديم على بناء الدور ومشتعلاتها على نمط واحد، ثم لما تغير عرف الناس وعاداتهم في بناء الدور أفتي الفقهاء بعدم سقوط خيار الرؤية برؤية غرفة واحدة، بل لا بدّ من رؤية جميع مشتعلات الدار^(٢).

السبب الثالث: حدوث معطيات علمية جديدة تستدعي تغير الحكم الذي بني على معطيات علمية قديمة. ومن الأمثلة على ذلك أن الفقهاء اختلفوا في أقصى مدة الحمل؛ فقال الزهري تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين، وقال عباد بن العوام: خمس سنين. وقال الليث: ثلاث سنين. وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمشهور في المذهب عند المالكية والشافعي وأحمد إلى أنه ستان. وذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز أن يكون حمل أكثر من تسعة أشهر^(٣)، وقد أثبت الطب الحديث القائم على الملاحظة والتجربة أن أصح الأقوال: هو قول ابن حزم، وأنه لا يمكن أن يتأخر الحمل أكثر من شهر زيادة على التسعة أشهر، أما أقوال الفقهاء الآخرين فلم تكن مبنية على نص صريح من الكتاب والسنة، وإنما كانت مبنية على ملاحظة النساء للحوامل، وعلى أخبار الأطباء في عصرهم، فلا يعمل بها.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٩٢٦/٢.

(٢) المدخل إلى الشريعة الإسلامية لزبدان ص ١٠٢.

(٣) المعنى لابن قدامة ٤٧٧/٧، التبيان في أقسام القرآن لابن القيم ٢١٢، كفاية الأخيار الحصري ١٤٨/١، المحلى لابن حزم ٣١٦/١.

والسبب الرابع: تطور الأوضاع التنظيمية والرتب الإدارية والوسائل والأساليب الاقتصادية وغيرها مما يستدعي تغير الأحكام المبنية على تلك الأساليب والأوضاع. ومن الأمثلة على ذلك ما يتخذ الحكام ولاة الأمور من الوسائل والأنظمة والمظاهر في سياسة الملك والإمارة، وحفظ الأمن والنظام، فإن ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الأزمنة والأمكنة واختلاف البيئات والأمم والشعوب.

فقد جاء في الفروق للقرافي: لما قدم عمر بن الخطاب الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان -عامله على إقليم الشام- قد اتخذ الحجاب وأرخى الحجاب واتخذ المراكب النفيسة والياب الهائلة العلية وسلك ما يسلكه الملوك فسأله عن ذلك: فقال: إنا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا. فقال له: لا أمرك ولا أنهاك. ومعناه أنت أعلم بحالك. هل أنت محتاج إلى هذا، فيكون حسناً، أو غير محتاج فيكون قبيحاً. فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة ولاة الأمور تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال فذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديماً وربما وجبت في بعض الأحوال^(١).

والسبب الخامس: حدوث ضرورات وحاجات عامة تتطلبها الحياة المعاصرة مما يستدعي تغير بعض الأحكام القديمة. ومن ذلك أفتى المتأخرون من الفقهاء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن والأذان والإقامة وغير ذلك^(٢).

٣- المقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان:

إن المقصود الشرعي من تغير الأحكام بتغير الزمان هو تحقيق المصالح ودفع المفاسد عن الناس ورفع الحرج عنهم كما بناها في المقصود الشرعي لقاعدة: «العادة محكمة».

(١) الفروق للقرافي ٢٠٣/٤-٢٠٤. ولعزم من الأمثلة انظر: أعراف وتقاليده حكم الدين في العصر الإسلامي للقااضي إسماعيل الأكيوع.

(٢) تكوين الملكة الفقهية للمؤلف ص ١٣١.

د- تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة تتعلق بكثير من أبواب الفقه وتطبيقاتها كثيرة لا تعد ولا تحصى نذكر منها:

١- لم يشترط الإمام أبو حنيفة تركية الشهود لا سراً ولا علناً، لأن الناس لم يكونوا ليجرأوا على شهادة الزور في عصره نظراً لما ألفوه من التربية الدقيقة. ولكن لما رأى من بعده من العلماء أن التربية الدينية قد ضعفت، ولم يبال الناس بشهادة الزور شرطوا تركية الشهود سراً وعلناً^(١).

٢- لما ندرت العدالة وعزت في هذه الأزمان. قالوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجوراً فالأقل^(٢).

٣- جَوَّزَ الفقهاء إحداث أحكام سياسية لقمع أرباب الجرائم عند كثرة فساد الزمان. وأول من فعل ذلك عمر بن عبد العزيز فإنه قال: «ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور»^(٣).

ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً هي قاعدة: «العادة محكمة»:

١- قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا اضطرت أو غلبت»^(٤).

هذه القاعدة تعتبر قيداً للقاعدة: «العادة محكمة» فلما كان ظاهر القاعدة الكبرى تحكيم العادة على الإطلاق اثبتوا هذه القاعدة لتقييد العادة بما إذا اضطرت أو غلبت أما إذا كانت نادرة فلا تحكم. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

الاضطرار: من اضطر الأمر تبع بعضه بعضاً، واضطرت الأنهار جرت، واضطرت الحد تتابعت أفراجه وجرت مجرى واحداً تجري الأنهار^(٥) والاضطرار في القاعدة بمعنى

(١) شرح مجلة الأحكام للقاظمي ١/١٠٠.

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقاء ص ١٧٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص ٥٠٦.

أن يكون العمل بالعادة مستمرا في جميع الحوادث. والتعبير بالغلبة يوحى بأنه لا يشترط إعمال العادة أن تكون مضطرة، بل يكفي أن يكون معمولاً بها في أغلب الحوادث. وبناء على ذلك يكون معنى القاعدة هو: أن العادة المعتمدة هي المطردة التي لا تتخلف أبداً، أو الغالبة التي قد تتخلف قليلاً. كما سبق أن بينا في شروط العرف. أما العادة المغلوطة فلا عبرة لها، ولا تحكم. كما قال السيوطي: «إنما تعتبر العادة إذا اضطرت، فإن غلبت فلا»^(١) وعبر صاحب تهذيب الفروق بال تكرار وقصد به الاضطراب. حيث قال: «إن مجرد الاستعمال من غير تكرار لا يكفي في النقل، بل لا بد من تكرار الاستعمال؛ بحيث يفهم المنقول إليه بغير قرينة ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره»^(٢) ولا يعني هذا أن العادة لا تثبت إلا بالتكرار، وإنما تثبت ولو بمرة واحدة إذا غلب على الظن المعاودة والتكرار. فالمرة الواحدة تكفي لإثبات العادة إذا وجدت قرينة تدل على التكرار والاضطرار.

ب- تطبيقات القاعدة:

إذا سرق الأجير من مال المستأجر فسخت الإجارة، ولو بمرة واحدة ونحكم بأنها عادة له؛ لأن العقل يمكنه أن يعرف أن وقوع السرقة من الأجير يمكن أن يتكرر؛ لأن وقوعه في المرة الأولى صفة مستمرة في النفس وهي الخيانة، ويمكن أن تقع عدة مرات إذا توفرت أسبابها. فهذه يغلب على الظن وقوعها ويمكن اعتبارها عادة، ولو بمرة واحدة^(٣) وكذلك بالنسبة للحيض يمكن أن تثبت العادة فيه بمرة واحدة كما بينا سابقاً.

٢- قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا النادر»^(٤)

هذه القاعدة وثيقة الصلة بالقاعدة السابقة، فهي مكملتها؛ لأن من شروط إعمال العادة أن تكون غالبية شائعة. أما إذا كانت نادرة فلا يعمل بها. ومن جهة أخرى فإن هذه

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢.

(٢) تهذيب الفروق للشيخ محمد علي بهاشم فروع القراني ١/٨٢.

(٣) الفوائد الجنية على المواهب السنية للغاندي ١/٢٩٤.

(٤) مجلة الأحكام، مادة (٤٢).

القاعدة تصلح أن تكون أصلاً عاماً في الشريعة الإسلامية، وهو اعتبار الغالب وتقديمه على النادر. كما قال القرافي: «الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، وهو شأن الشريعة كما يقدم الغالب في طهارة المياه وعقود المسلمين، ويقصر في السفر ويفطر بناء على غالب الحال وهو المشقة، ويمتنع شهادة الأعداء والخصوم؛ لأن الغالب منهم الحيف»^(١). وقد عقد العز بن عبد السلام فصلاً في الحمل على الغالب والأغلب في العادات، وذكر أمثلة منها: أن من أنف متقوماً فإنه يلزمه ضمانه بقيمته من نقد البلد أو غالبه إن كان فيه نقود بعضها أغلب من بعض. ومنها: وجوب صدقة الفطر من غالب قوت البلد^(٢): كالقمح والأرز. وقال ابن عبد الهادي: «العبرة بالغالب، والنادر لا حكم له»^(٣). فهذه القاعدة -بالمعنى العام- يراد بها أن الأحكام لا تبني على النادر المغلوب، وإنما تبني على الشائع الغالب. وأما المعنى الخاص لها أن المعتبر في بناء الأحكام على العادة وهو النظر إلى الأحوال الشائعة الغالبة الوقوع، ولا ينظر فيها إلى الأحوال النادرة الوقوع^(٤). لأن المراد بالشيع في هذه القاعدة -بالمعنى الخاص- اشتهاه العمل بذلك العرف وانتشاره بين الناس. أما إذا كان العمل به نادراً أو مغلوباً فلا يعمل به. وكذلك إذا كان العمل به مساوياً لعدم العمل به، وهو الذي يسمى بالعرف المشترك فلا يعتبر أيضاً للتردد فيه كما بينا سابقاً. ومن تطبيقاتها في هذا المجال: أن المفقود يحكم بموته إذا أكمل التسعين من عمره؛ لأن الغالب أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك، وخلاف ذلك نادر أو قليل جداً.

ومنها: إذا أكمل الشخص من عمره خمس عشرة سنة حكم ببلوغه؛ لأن الغالب أن الإنسان يبلغ عند وصوله هذا السن. ومنها: يحكم بانتهاء مدة الحضانة للطفل الذكر ببلوغه سبع سنين وللبنت ببلوغها تسع سنين؛ لأن الغالب بأن الذكر بذلك السن يستغني عن أمه في أكله ولباسه وطهارته. وأن الأنثى بذلك السن تصل إلى مرتبة النساء^(٥).

(١) الزروق للقرافي ١٠٤/٤.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٢/٣.

(٣) مفتي ذوي الألفهام عن الكتب الكثيرة في الأحكام لابن عبد الهادي ص ٧٥.

(٤) شرح مجلة الأحكام للقاظمي ١٠٤/١.

(٥) المرجع السابق.

المبحث السادس

فقه قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

إن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» ذات مكانة عظيمة وفوائد كثيرة تدخل في كثير من أبواب الفقه المتعلقة بتصرفات المكلف القولية، كما أنها تدخل في بعض المسائل الأصولية التي تتعلق بالخطابات الشرعية. وقد ذكرها كل من كتب في القواعد الفقهية^(١). ولكنهم لم يمتروها ضمن القواعد الكلية الكبرى، ولم يتوسعوا في الحديث عنها، ولم يذكروا كثيراً من القواعد التي تنفرع عليها. ولكن الدراسة التي قدمها الشيخ محمود هرموش حول هذه القاعدة أثبتت أنه يمكن إضافة هذه القاعدة إلى القواعد الكلية الكبرى التي يبنى عليها الفقه الإسلامي، فتتعلق هذه القاعدة بالعقود من بيع وإجارة وسلم ورهن وعارية ووقف ووصية وهبة واستصناع، كما أنها تدخل في النكاح والطلاق والمتنق والإبلاء وغير ذلك. كما أنها تتعلق بالمباحث الأصولية: كتعارض الحقيقة الشرعية واللغوية في الخطاب الشرعي، ودلالة الافتضاء والمشتراك والتخصيص والتقييد والنسخ، والزيادة على النص، والتعارض والترجيح. كما أنها تتعلق ببعض المباحث اللغوية: كالحروف الزائدة. ولم يبق الأمر عند هذا الحد، وإنما تتلدى ذلك إلى أنه يندرج تحتها كثير من القواعد الفقهية^(٢). ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة ومكانتها في الشريعة الإسلامية لابد من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها والقواعد المتفرعة عنها.

(١) المتثور في القواعد للزركشي ١٨٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٣٥. الأشباه والنظائر لابن الوكيل ٣٣/٢.

(٢) القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله لمحمود هرموش ص ٤٨١.

المطلب الأول: معنى قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

يتضمن هذا المطلب بيان مفردات القاعدة والمعنى الإجمالي لها:

أولاً: مفردات القاعدة:

مفردات هذه القاعدة: الإعمال، والكلام، والأولى، والإهمال. وفيما يلي بيان لمعنى هذه المفردات.

١- الإعمال.

الإعمال لغة: من عملته عمله عملاً صنعه، وأعملت الكلام استعملته فيما أعد له^(١).

وإعمال الكلام في القاعدة: إعطاؤه حكماً مفيداً حسب مقتضاه اللغوي^(٢).

٢- الكلام:

الكلام في اللغة: اسم من كلمته تكلماً، والكلمة (بالتثنية) لغة الحجاز وجمعها كلم وكلمات، والكلمة (بالتخفيف) لغة بني تميم. والكلام في أصل اللغة عبارة عن أصوات متتابعة لمعنى مفهوم. وقيل: الكلام يطلق على المفيد وغير المفيد. فيقال: هذا كلام لا يفيد^(٣).

والكلام في الاصطلاح: «ما تضمن كلمتين بالإسناد». وفي اصطلاح النحويين: «المعنى المركب الذي فيه الإسناد التام»^(٤). وبعبارة أخرى: اسم لما تركب من مسند ومسند إليه^(٥).

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٥٨٨.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي للبورونو ص ٣١٥، والمدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٢/٢.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص ٧٤٠.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ٧٤٠.

(٥) التعريفات للدرجاني ص ٢٣٧.

٣- الأولى:

الأولى في اللغة: من ولي، فيقال: فلان أولى بكذا أي أحق به، وهم الأولون (يفتح اللام) والأولى، وفلانة هي الوثلى، وهن الوثلى: مثل الكبرى والكبر. وربما جمعت بالآلف والتاء فيقال الوثليات^(١).

٣- الإهمال:

بينت معنى الإهمال عند قاعدة: «الضرر» فهو في اللغة بمعنى الترك ومنه الكلام المهمل، وهو خلاف المستعمل. واللغو هو الكلام العاري عن فائدة.

والمراد بإهمال الكلام في القاعدة: عدم ترتب ثمرة عملية بإلغاء مقتضاه ومضمونه^(٢).

والإلغاء عام يشمل الإلغاء بالمرءة، وإلغاء الفائدة المستأنفة بجعله مؤكداً^(٣).

ثانياً: الصغنى الإجمالي للقاعدة:

لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو مجازي؛ لأن العاقل لا يتكلم باللغو والعبث، فكان جديراً أن يحمل كلامه على معنى قدر الإمكان، فيجب حمله ما أمكن على أقرب وأولى وجه يجعله معمولاً به من حقيقة ممكنة وإلا فمجاز. وإذا كان الكلام مما يحتمل التأكيّد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لأن التأسيس يفيد معنى جديداً لم يتضمنه اللفظ السابق، وأما التأكيّد يفيد معنى اللفظ السابق أو المؤكّد، ولأن حمله على التوكيّد إلغاء له وإهمال، وكلام العقلاء يسان عن الإلغاء ما أمكن^(٤).

(١) المرجع السابق.

(٢) الوجيز للبورونو ص ٣١٥.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٥٣.

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٢/٢، المدخل إلى الشريعة الإسلامية لزبدان ٩٤، القاعدة الكلية

إعمال الكلام أولى من إهماله لهروموش ص ٥٠.

المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله».

يُستدل لهذه القاعدة بعمومات كثيرة في الكتاب والسنة بالإضافة إلى المعقول.

١- قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنْ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ﴾ [المؤمنون: ٣].

وقوله تعالى: ﴿وَلِئَلَّا يَسْخَرُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾ [الفصص: ٥٥].

فاللغو من الكلام ما لا يعتد به^(١). وهو الكلام الخالي عن الفائدة الصادر عن غير روية ولا فكر فيلغى ويهمل.

أما الكلام المفيد الصادر عن العقلاء فينبغي أن يصان ويعتد به قدر الإمكان، فيحمل على أقرب وجه بجعله معمولاً به.

٢- وقوله تعالى: ﴿تَأْتِلِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْ رَبِّكَ عِتِدٌ﴾ [ق: ١٨].

فالمسلم العاقل مواخذ بكل ما يتلفظ به من كلام؛ لأن الكلام وعاء للمعاني التي يقصدها الإنسان. قال مجاهد: «يكتب على الإنسان كل شيء حتى الأئين في مرضه»^(٢).

٣- ما روى عن معاذ بن جبل قال: كنت مع النبي ﷺ في سفر، فأصبحت يوماً قريباً منه ونحن نسير، فقلت: يا رسول الله أخبرني بعمل يدخلني الجنة ويباعدني من النار. قال: «لقد سألتني عن عظيم وإنه ليسير على من يسره الله عليه: تعبد الله ولا تشرك به شيئاً، وتقيم الصلاة، وتؤتي الزكاة، وتصوم رمضان، وتحج البيت. ثم قال: ألا أدلك على أبواب الخير... ألا أخبرك بملاك ذلك كله قلت: بلى يا نبي الله، فأخذ بلسانه قال: كف عليك هذا فقلت: يا نبي الله وإنا لمؤاخذون بما نتكلم به؟ فقال: ثكلتك أمك يا معاذ، وهل يكب الناس في النار على وجوههم أو على مناخرهم إلا حصائد

ألسنتهم»^(١). قال الغزالي: «اللسان رحب الميدان ليس له مرد ولا لمجاله متبهي وحد، له في الخير مجال رحب، وله في الشر ذبل سحب، فمن أطلق عذبة لسانه وأهمله مرخي العنان سلك به الشيطان في كل ميدان وساقه إلى جرف هار إلى أن يضطره إلى البوار. وهل يكب الناس في النار على مناخرهم إلا حصائد ألسنتهم، ولا ينجو من شر اللسان إلا من قيده بلجام الشرع»^(٢). فإذا كان المسلم مواخفاً بكل ما يتكلم به من كلام وما يصدر منه تصرفات قولية ممنوعة فإن كلام العقلاء يجب أن ترتب عليه جميع آثاره الشرعية.

٤- ولأن الكلام الصادر عن العقلاء إذا كان حملة على معنى لا يترتب عليه حكم، وحملة على معنى آخر يترتب عليه حكم فالواجب حملة على المعنى المفيد لحكم جديد لأن خلاف ذلك إهمال له وإلغاء وإن كلام العقلاء يصان عن الإلغاء ما أمكن^(٣).

المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»

إن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» تتكون من العناصر التالية: الموضوع وهو الكلام، والتكلم، والحكم الكلي، ومناط الحكم، والمقصود الشرعي من القاعدة. وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: الموضوع:

موضوع قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» هو الكلام وهو يطلق على اللفظ المركب من الكلمات، كما يطلق على ما في النفس من المعاني التي يعبر عنها، ولذلك قالوا: الكلام قوالب المعاني.

وهو ينقسم باعتبارات مختلفة إلى عدة أقسام:

(١) سنن الترمذي، كتاب الإيمان، باب (٨)، ١١/٥. وقال: حسن صحيح.

(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٨/٣.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٢/٢.

(١) المفردات للراغب الأصفهاني ص ٤٥١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١١/١٧.

التقسيم الأول: ينقسم الكلام - باعتبار المتكلم - إلى قسمين كلام الله تعالى، وكلام الناس.

١- كلام الله تعالى:

الكلام بالنسبة لله تعالى صفة كمال له سبحانه وتعالى، فيجب الجزم بأنه متكلم بكلام قديم قائم بذاته غير مخلوق ولا محدث ولا حادث لا يشبه كلام الخلق. وهو يتكلم بما شاء ومتى شاء بلا كيف. والله سبحانه وتعالى هو المتكلم بالقرآن ومنه سُمع^(١). ولذلك عَرَفَ الأصوليون القرآن بأنه: «الكلام المنزل للإعجاز بآية منه المتعبد بتلاوته»^(٢). وبعبارة أخرى: «كلام الله تعالى المنزل على رسوله ﷺ باللسان العربي للإعجاز بأقصر سورة منه، المكتوب في المصاحف المنقول بالتواتر المتعبد بتلاوته المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس»^(٣) وقد أنزله الله سبحانه وتعالى ليحكم حياة الناس بما اشتمل عليه من قواعد شرعية تتعلق بتنظيم حياة الناس بالله تعالى، و ببعضهم البعض.

ومن خصائص هذا القرآن أنه نزل بلغة العرب وأنه معجز ببيانه وبلاغته وفصاحته، حتى عجز العرب وهم أرباب الفصاحة والبلاغة عن أن يأتوا بسورة من مثله، وأنه منزّه عن ورود الألفاظ المهملة التي لا فائدة فيها ولا معنى ولا حكمة من وضعها كما ذكر الرازي: أنه لا يجوز أن يتكلم الله تعالى بشيء ولا يعني به شيئاً؛ لأن التكلم بما لا يفيد هذيان وهو نقص وهو محال على الله تعالى، ولأن الله تعالى وصف القرآن بكونه هدى وشفاء وبياناً وذلك لا يحصل بما لا يفهم معناه^(٤).

٢- كلام الناس:

كلام الناس مخلوق يصدر عن اللسان الذي خلقه الله تعالى وأنعم به على الناس وأعطاه القدرة على البيان والنطق، فهو صغير في جرمه عظيم في طاعته وجُرمه إذ لا يستبين الكفر والإيمان إلا بشهادة اللسان وهما غاية الطاعة والعصيان، ثم إنه ما من موجود أو معدوم خالق أو مخلوق متخيل أو معلوم، مظنون أو موهوم إلا واللسان يتناوله ويتعرض له بآثبات أو نفي، وكذلك كل ما يتناوله العلم يعرب عنه اللسان. وهذه خاصية لا توجد في سائر الأعضاء^(١). كما أن خاصية النطق لا توجد في سائر المخلوقات من حيوان ونبات وجماد. قال تعالى: ﴿الرَّحْمَنُ عَلَّمَ الْقُرْآنَ خَلَقَ الْإِنْسَانَ عَلَّمَهُ الْكِتَابَ﴾ [الرحمن: ١-٤].

وأصل الكلام الذي ينطق به اللسان هي الحروف التي خلقها الله تعالى وأوردها في بدايات كثير من السور القرآنية مثل «ألم، ألمر، ق...» وهي من الأسماء التي علمها الله تعالى لآدم عليه السلام. قال تعالى: ﴿وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا﴾ [البقرة: ٣١] قال ابن عباس وعكرمة وقتادة ومجاهد: علمه أسماء جميع الأشياء كلها جليلها وحقيقها^(٢). وقال الأصمهاني في المراد بالأسماء: «الألفاظ والمعاني مفرداتها ومركباتها... وكما علم الاسم علم الفعل والحرف»^(٣). ويرجع سبب الاهتمام بتعليم الإنسان الحروف إلى أنها مباني كلام الله وكتبه التي تكلم سبحانه وتعالى بها وأنزله على رسله وهدى بها عباده وعرفهم بواسطتها نفسه وأسماء وصفاته وأفعاله وأمره ونهيهِ ووعدِهِ وعِده، وعرفهم بها الخير والشر، والحسن والقبيح، وأقدرهم على التكلم بها، بحيث يبلغونها أقصى ما في أنفسهم بأسهل طريق وأقل كلفة ومشقة وأوصله إلى المقصود وأدله عليه. وهذا من أعظم نعم الله تعالى على الإنسان^(٤).

(١) إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٨/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٨٢/١.

(٣) المفردات للراغب الأصمهاني ص ٢٤٤.

(٤) البيان في أقسام القرآن لابن القيم ص ١٢٧.

(١) لوائح الأنوار البهية للسفاريني ١٣٣/١.

(٢) البحر المحيط للزركشي ٤٤١/١.

(٣) انظر: الإبهاج في شرح المنهاج للسبكي ١٨٩/١، كشف الأسرار للزبدوي ٦٧/١، أصول الفقه الإسلامي للزحيلي ٤٢١/١.

(٤) المحصول للرازي ٣٨٥-٣٨٦.

وكلام الناس من حيث البلاغة والفصاحة درجات منه البليغ والفصيح ومنه ما دون ذلك، ومنها البلي واللكن. ولا يمكن أن يصل إلى بلاغة كلام الله تعالى وفصاحته. وأعلى درجات البلاغة والفصاحة في كلام المخلوقين تتحقق في كلام النبي ﷺ: ففيه جوامع الكلم ومعجزات البلاغة والفصاحة. قال القاضي عياض في صفة كلامه ﷺ: «وأما فصاحة اللسان وبلاغة القول فقد كان ﷺ ذلك المحل الأفضل والموضع الذي لا يجهل، سلامة طبع وبراعة مترع وإيجاز مقطع ونصاعة لفظ وجزالة قول وصحة معان وقلة تكلف أوتي جوامع الكلم وخص بديان الحكم وعُلم السنة العرب، فكان يخاطب كل أمة منها بلسانها ويحاورها بلغتها ويباريها في مترع بلاغتها»^(١). وقال الجاحظ في وصف كلامه ﷺ: «هو الكلام الذي قل عدد حروفه، وكثر عدد معانيه، وجلّ عن الضعة، ونزّه عن التكلف واستعمل المسوط في موضع البسط، والمقصور في موضع القصر، وهجر الغريب الوحشي ورغب عن الهجين السوقي، فلم ينطق إلا عن ميراث حكمة، ولم يتكلم إلا بكلام قد حُفّ بالعصمة وشد بالتأييد ويسر بالتوفيق. وهو الكلام الذي ألقى الله عليه المحبة وغشاه بالقبول وجمع له بين المهابة والحلاوة وبين حُسن الأنهام وقلة عدد الكلام مع استغنائه عن إعادته، وقلة حاجة السامع إلى معاودته لم تسقط له كلمة ولا زلت به قدم، ولا بارت له حجة.. لم يسمع الناس بكلام قط أعم نفعاً، ولا أقصد لفظاً، ولا أعدل وزناً، ولا أجمل مذهباً، ولا أكرم مطلباً، ولا أحسن موثقاً، ولا أسهل مخرجاً، ولا أفصح معنى، ولا أبين في فحوى من كلامه ﷺ»^(٢).

التقسيم الثاني: قسم كثير من العلماء الكلام - باعتبار دلالاته - إلى حقيقة ومجاز.

١- الحقيقة.

الحقيقة لغة: من حق يحق حقاً خلاف الباطل، وهو يدل على إحكام الشيء وصحته وثبوته^(٣).

والحقيقة في الاصطلاح: «لفظ مستعمل فيما وضع له ابتداء»^(١).

وبعبارة أخرى: «الكلمة المستعملة فيما وضعت له في اصطلاح به التخاطب»^(٢).

وبعبارة أوضح: «اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في الاصطلاح الذي فيه التخاطب»^(٣) وبهذا التعريف تشمل الحقيقة على عدة حقائق وهي:^(٤)
أ- الحقيقة اللغوية: وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً في اللغة: كالأسد في الحيوان المفترس.

ب- الحقيقة الشرعية: وهي استعمال الاسم الشرعي فيما كان موضوعاً له أولاً في الشرع: كالصلاة والصيام.

ج- الحقيقة العرفية: وهي اللفظ المستعمل فيما وضع له يعرف الاستعمال: كالذئبة.

٢- المجاز.

المجاز لغة: من جاز الموضوع جزواً وجوزواً وجوازاً ومجازاً أي عبره وتعداه. وأصله في اللغة قطع الشيء ومجاورته^(٥).

والمجاز في الاصطلاح: هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له لعلاقة بينهما. وبعبارة أخرى: «اللفظ المستعمل فيما وضع له لغة أو عرفاً أو شرعاً بوضع ثانٍ لعلاقة بين ما وضع له أولاً وما وضع له ثانياً مع قرينة مانعة من إرادة ما وضع له أولاً»^(٦).

(١) جمع الجوامع للسبكي مع حاشية الباني ٣٠٠/١.

(٢) التريفات للدرجاني ص ١٢١.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام للأمدى ٢٢/١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٩٤/١.

(٦) جمع الجوامع للسبكي مع حاشية الباني ٣٠٥/١.

(١) الشفاء بتعريف حقوق المصطفى للقاضي عياض ٤٤/١.

(٢) البيان والبيان للجاحظ ٤٤/٢.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥/٢، المصباح المنير للفيومي ١٩٧.

هذا هو مذهب جماهير علماء اللغة: كأبي عبيدة وابن جني والزمخشري وعلماء الأصول والحديث والتفسير: كالبيضاوي والآمدي وابن الحاجب والغزالي والخطيب البغدادي وابن حجر العسقلاني والطبري والرازي والقرطبي^(١). فقد قسموا الكلام إلى حقيقة ومجاز. ولكن نسب إلى أبي إسحق الإسفرائيني وأبي علي الفارسي عدم وقوع المجاز في لغة العرب؛ لأن في المجاز إطالة عارية عن الفائدة لأنه يحتاج إلى ذكر القرينة، ولأن في المجاز كذباً، لأنه يتناول الشيء على خلاف موضعه. والحقيقة أن المجاز واقع في اللغة، فقد استبعد الجويني صدق تلك النسبة إلى الإسفرائيني والفارسي حيث قال: «والظن بالأستاذ أنه لا يصح هذا القول عنه»^(٢) وقال ابن السبكي: «وفيما علقته من خط الشيخ تقي الدين ابن الصلاح أن أبا القاسم ابن كنج حكى عن أبي علي الفارسي صاحب الإيضاح إنكار المجاز كما هو المحكي عن الأستاذ الاسفرائيني. أما عن الفارسي فإن الإمام أبا الفتح بن جني تلميذ الفارسي وأعلم الناس بمذهبه لم يحك ذلك، بل حكى عنه ما يدل على إثباته»^(٣). وأما القول بأن فيه إطالة بلا فائدة، فيجواب عنه بأن ذكر المجاز لا يخلو من فوائد. وأما القول بأنه كذب فيجواب عنه بأنه لا كذب مع وجود العلاقة^(٤).

ثم إن القائلين بالمجاز في اللغة العربية اختلفوا في وقوعه في القرآن والحديث. فذهب غالبية العلماء إلى وقوعه في القرآن والحديث، حتى أن أبا عبيدة كتب كتاباً في مجاز القرآن. وذهب فريق آخر إلى عدم وقوعه في القرآن والحديث أو في القرآن دون الحديث، وممن ذهب إلى هذا ابن خويزمنداد من المالكية وابن القاص من الشافعية،

(١) انظر: مجاز القرآن لأبي عبيدة ٥٢/٢، الخصائص لابن جني ٤٤٢/٢، أساس البلاغة للزمخشري ١٠٤، القاعدة الكلية لهوموش ١٥٨-١٩٨، منع جواز المجاز في المنزل للتعب والإعجاز للشنيطي ص ٦.

(٢) التلخيص في أصول الفقه للجويني ١٩٢/١.

(٣) الإيهام في شرح المنهاج ٢٩٦/١.

(٤) المرجع السابق.

وانتصر لهذا الرأي شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه العلامة ابن القيم^(١) للأدلة السابقة وغيرها. والحقيقة أن المجاز يقع في القرآن والحديث ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْمَلُ الْأَرْشِ شَكَبًا﴾ [مریم: ٤] فالاشتغال الحقيقي لا يمكن، فهو مجاز عن بياض شعر الرأس، وقوله تعالى: ﴿وَسَكَلِ الْقَرْيَةَ﴾ [يوسف: ٨٢] فهو مجاز في سؤال أهلها وقوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات» فهو مجاز عن حكم الأعمال.

وإذا قلنا بجواز وقوعه فينبغي أن لا يتوسع فيه بحيث يشمل أسماء الله وصفاته التي لا يصح تأويلها؛ لأن باب الأسماء والصفات باب المتشابه الحقيقي^(٢). أما ما عدا ذلك من الحديث عن أحوال الناس والمخلوقات فيمكن أن يدخله المجاز.

ثانياً: المتكلم:

المتكلم هو الشخص الذي يصدر عنه الكلام؛ وإعمال هذه القاعدة في كلام المكلفين لابد أن تتوافر فيهم الشروط التالية:

١- البلوغ:

اتفق الفقهاء على أن البالغ يصان كلامه ويفذ، كما اتفقوا على عدم صيانة كلام غير البالغ الذي لم يميز ولم يدرك. واختلفوا في صيانة كلام غير البالغ إذا كان مميزاً ومدركاً لما يتلفظ به على أقوال مختلفة تبعاً لاختلاف التصرفات من استدانة وطلاق ووصية. ففي الاستدانة مثلاً ذهب الشافعية إلى عدم نفاذ كلام المميز وإلغائه. وأوقف الحنفية والتحابلة نفاذه على إذن الولي. في حين ذهب المالكية إلى صحة كلامه ونفاذه دون إذن وليه، ولكن لا يلزم إلا بالبلوغ^(٣). وفي الطلاق ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية إلى عدم صحة طلاق المميز. في حين ذهب التحابلة إلى صحة

(١) منع جواز المجاز للشنيطي ص ٦.

(٢) القاعدة الكلية لهوموش ص ١٩٠.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٠٤/٤، شرح الزرقاني على مختصر خليل ٢٩١/٥، منتهى الإرادات

المهذب للشيرازي ٣٢٩/١، ٣٢٢/١.

طلaque واعتباره^(١). وفي الوصية صحح الجمهور وصية المميز. في حين ذهب الحنفية إلى عدم صحة وصيته^(٢).

والراجع اعتبار كلام المميز الذي يدرك ما يتلفظ به، فقد أجاز عمر بن عبد العزيز وصية غلام في الثالثة عشرة من عمره. أما إذا لم يصل الصبي إلى درجة التمييز فإن كلامه لا ينفذ وعبارته ملغاة لا اعتداد بها في نظر الشارع.

٢- العقل:

اتفق الفقهاء على أن المجنون لا ينفذ كلامه؛ لأنه نوع من الهذيان الذي لا يترتب عليه أثر شرعي، واختلفوا فيما إذا زال عقله بفعل من نفسه: كشرب الخمر. فذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار كلامه كالطلاق الصادر منه فإنه واقع. وذهب طائفة من السلف منهم عثمان رضي الله عنه إلى عدم اعتبار كلام السكران^(٣). والراجع عدم اعتباره؛ لأنه لم يدرك ما يتلفظ به فلا ينفذ.

٣- الاختيار:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المكروه لا ينفذ كلامه ولا يعمل به ويصير لا غياً^(٤)؛ لأن الإكراه سالب للاختيار كما بينا سابقاً.

ثالثاً: الحكم الكلي للقاعدة:

إن الحكم الكلي لقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» هو وجوب إعمال كلام العقلاء وصونه عن الإلغاء، وترتيب حكم شرعي على حقيقة ذلك الكلام، فإذا تعذر

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٢٢٩/١، المدونة الكبرى ٢٥/٣، تكملة المجموع للمطيعي ٣٨٣/١٥، القواعد الأصولية لابن الحام ص ٢٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٤٨٧/٣، المدونة الكبرى ٣٣/٦، تكملة المجموع للمطيعي ٣١٤/١٤، المعني لابن فدامة ١١٦/٧.

(٣) انظر: الهداية ٢٣٠/١، المعني ١١٤/٧، تحفة المحتاج لابن حجر ٤/٨.

(٤) المراجع السابقة.

حمل الكلام على الحقيقة يرتب الحكم الشرعي على المجاز. ويشترط لإعمال الكلام عدة شروط منها:

١- أن لا يتعذر إعمال الكلام بأحد أنواع التعذر الثلاثة: العادي أو العقلي، أو الشرعي^(١).

أ- فالتعذر العادي (العرفي): كمن حلف أن لا يأكل من هذه القدر فإنه محال في العادة، فيحمل على المجاز، وهو الأكل مما في القدر.

ب- والتعذر العقلي: كأن يقول لمن هو أكبر منه سناً أنت ابني.

ج- والتعذر الشرعي: مثل النكاح فإنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد، فإن قال رجل لأجنبية: إن نكحتك بألف دينار فلك شقة خاصة فإنه يحمل على المعنى المجازي، وهو العقد دون الوطء لحرمة وطء الأجنبية. أما إن قال ذلك لزوجته فإنه يحمل على المعنى الحقيقي. هذا عند الحنفية. أما الجمهور فيرون أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء.

٢- أن لا يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين بحيث لا يتضح مراد المتكلم منهما، ولا يوجد ما يرجع أحدهما على الآخر هذا عند الحنفية والرازي^(٢). وذهب الشافعية إلى أنه لا يهمل وإنما يعمل باللفظ المشترك مع القرينة^(٣). ومثل الحنفية لذلك بما إذا قال شخص أوصيت لمولاي بألف دينار وكان لذلك الشخص سيد معتق (بالكسر) وعبد معتق (بالفتح) والمولى يطلق على السيد والعبد ولا مرجح لأحدهما فيحمل هذا الكلام، ولا تصح الوصية للجهالة.

(١) أصول السرخسي ١٨٥/١.

(٢) أصول السرخسي ١٨٥/١، المحصول للرازي ٣٥٣/١.

(٣) الإبهاج للسبكي ٢٧٣/١.

رابعاً: مناهج الحكم.

العلاقة بين الموضوع (الكلام) وبين الحكم الكلي للقاعدة هو صدوره عن العقلاء المميزين. فكلام الله تعالى من حكيم خبير، وكلام الرسول ﷺ صادر من أفضل المخلوقين حكمة وأكملهم عقلاً. وأما كلام المتكلمين فلا بد أن يتوفر في المتكلم العقل والتمييز لاعتباره وإعماله وبناء الأحكام عليه. كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «جميع الأقوال والعقود مشروطة بوجود التمييز والعقل، فمن لا تمييز له ولا عقل ليس لكلامه اعتبار في الشرع أصلاً»^(١).

خامساً: المقصود الشرعي من القاعدة.

إن المقصود الشرعي من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» هو صيانة الكلام من الإهمال وتصحيح كلام العقلاء وحمله على معنى يترتب عليه أثر شرعي. ويشترط لصيانة كلام المتكلمين عن الإهمال والزلل عدة شروط وهي^(٢):

١- أن يكون الكلام لداع يدعو إليه إما في اجتلاب نفع أو دفع ضرر. أما ما لا داعي له فهذهيان، وما لا سبب له مُجر أي قبيح.

٢- أن يأتي بالكلام في موضعه ويتوخى به إصابة فرصته. أما إذا كان في غير حينه فلا يقع موقع الانتفاع به وما لا ينفع من الكلام فهو هذيان ومُجر.

٣- أن يقتصر منه على قدر حاجته وقدر كفايته، فالكلام ليس له حد، فإذا أطلق الإنسان لسانه الكلام كان حشواً بلا فائدة وكثر غلظه وهذره.

٤- أن يتخير اللفاظ التي يتكلم بها، فاللسان عنوان الإنسان يترجم عن مجهوله ويرهن عن محصله. قال بعض البلغاء: «اللسان يظهر به حسن البيان، وظاهر يخبر عن الضمير، وشاهد ينبيء عن غائب، وحاكم يفضل به الخطاب، وناطق يرد به الجواب،

وشافع تدرك به الحاجة، وواصف يعرف به الحقائق، ومعز ينفي به الحزن، ومؤنس تذهب به الوحشة، وواعظ ينهي عن القبيح ومزين يدعو إلى الحسن، وزارع يحث المودة، وحاصد يستأصل الضغينة وملهم يوقئ الأسماك»^(٣).

المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة.

لما كان المقصود من هذه القاعدة تصحيح كلام العاقل وحمله على معنى يترتب عليه حكم شرعي كان لا بد أن تشمل تطبيقات هذه القاعدة العقود والالتزامات التي يباشرها المكلف: كالبيع والوصية والوقف والرهن والطلاق والظهار والأيمان والنذور وغيرها.

وفيما يلي بيان لهذه التطبيقات^(٤).

١- إذا قال شخص: وقتفت بيتي هذا على ولدي، ثم على الفقراء.

فإن كان له ولد صلب حمل الكلام عليه، وإن لم يكن له ولد صلب بل له حفيد حمل عليه أيضاً لثلا يهمل الكلام، وقد أمكن إعماله، لكن إذا لم يكن له ولد مطلقاً أهمل كلامه هذا وصرف الربيع إلى الفقراء.

٢- لو حلف شخص أن لا يأكل من هذه النخلة فأكل من ثمرها فإنه يحث لأن النخلة لا يتأتى أكل عينيها فحمل على ما تولد منها.

٣- لو قال شخص لآخر: أوصيت لك بطل، وكان له طبل حرب وطبل لهُو. يحمل على طبل الحرب لصح الوصية.

قال السبكي في التعليق على هذه المسألة: «محل القاعدة فيما إذا استوى الإعمال والإهمال بالنسبة في الكلام أو تقارباً كمسألة الطبل. فإن الطبول بالنسبة إلى لفظ الطبل فيحمل على ما يصح سواء كان عنده النوعان من الطبول أو لم يكن عنده، فإن لم يكن عنده إلا طبل اللهُو فالوصية باطلة، لأن قرينة كونه عنده يرشد إلى أنه الموصى به فاضمحل هنا احتمال الإعمال»^(٥).

(١) المرجع السابق.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٥٣/١، شرح الفوائد الفقهية لأحمد الزرقاء ٢٥١.

(٣) الأنشياء والنظائر للسبكي ١٧١/١.

(١) طريق الوصول بمعرفة القواعد والأصول من كتب ابن تيمية وابن القيم للسعدى ص ١٥٤.

(٢) منهاج اليقين شرح أدب الدنيا والدين للملّاوردى لخان زاده ص ٤٥١-٤٥٩.

٤- لو قال شخص: زوجتك فاطمة، ولم يقل بنتي لم يصح؛ لكثرة الفواطم وفيه وجه الجواز عند الشافعية.

٥- لو أوصى بألف دينار في وجوه الخير، ثم أوصى مرة أخرى بألف دينار في وجوه الخير تعتبر الوصية ألفين، ولا يقل قول الورثة: الوصية ألف دينار وأراد بالثانية عين الأولى. لأن إعمال كلامه في المرة الثانية أولى من إهماله أو حمله على التأكيد.

المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة.

إذا كانت قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» تمثل تصحيح كلام المكلف وكلام الشارع صوتاً له عن الإهمال والإلغاء، فإنه يتعلق بها كثير من القواعد الفرعية التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة أو قيوداً لها. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة.

١- قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة»^(١).

هذه القاعدة اعتبرها كل من السيوطي وابن نجيم فرعاً من قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لأن إرادة المعنى الحقيقي من خطابات الشارع وخطابات غيره هي الأصل الراجح عند الإطلاق. في حين اعتبرها العلماء المعاصرون مثل الشيخ الزرقاء فرعاً من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»^(٢) لأن كلام المكلف يجب أن يسان عن الإلغاء والإهمال لاعتبار عقله ودينه وإذا أردنا أن نعمل كلامه حملناه على المعنى الحقيقي؛ لأنه الأصل، فإن تعذر ذلك حملناه على المجاز إعمالاً له، وإلا يعتبر لاغياً. ولا مانع أن تكون هذه القاعدة ذات صلة وثيقة بتلك القاعدتين.

وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

تحمل ألفاظ المتكلم من شارع أو عاقد أو حالف أو غيرهم عند الإطلاق على معانيها الحقيقية؛ لأن المعنى الحقيقي أصل في اللفظ، ولا تحمل على المعاني المجازية إلا عند التعذر، بحيث توجد قرائن تدل على ذلك. فمهما أمكن حمل الكلام على معناه الحقيقي فلا يحمل على معناه المجازي.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة: لو قال شخص: هذه الدار لزيد. يحمل كلامه على الإقرار بأنها ملك زيد؛ لأن اللام تحمل في الحقيقة على الملك. أما إذا قال: داري هذه لزيد بعد موتي فلا يحمل على الإقرار، وإنما يحمل على الوصية لزيد لقرينة إضافة الدار إليه وقوله بعد موتي.

ومنها: لو قالت الحرة للخاطب: بعتك نفسي بألف دينار. وقال الخاطب قبلت. ينعقد نكاحاً ويحمل البيع على المعنى المجازي لا الحقيقي لأن الحرة لاتباع.

ومنها: إذا وقف شخص داراً على أولاده دخل الذكور والإناث؛ لأن لفظ الولد يشملهم جميعاً حقيقة.

٢- قاعدة: «إذا تعذرت الحقيقة بصار إلى المجاز»^(١)

هذه القاعدة تعتبر فرعاً من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن كلام المكلف يجب أن يسان عن الإهمال، فإذا أردنا إعمال كلامه حملناه على الحقيقة، فإن تعذر ذلك حملناه على المجاز. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة.

هذه القاعدة تنصُّ على أن حمل الكلام على المعنى الحقيقي، وإذا تعذر تعين المصير إلى المجاز. والأسباب التي تؤدي إلى ترك المعنى الحقيقي هي: (٢)

(١) الأشياء والنظائر لابن نجيم ١٣٥، مجلة الأحكام العدلية مادة (٦١).

(٢) القاعدة الكلية: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لهرموش ص ٢٠.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ٦٣، الأشياء والنظائر لابن نجيم ٦٩.

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٣/٢.

السبب الأول: أن يتعذر حمل الكلام على المعنى الحقيقي بأحد أنواع التعذر الثلاثة: العادي أو العقلي أو الشرعي المار ذكرها في حكم القاعدة الكلية.

السبب الثاني: أن يكون المعنى الحقيقي مهجوراً عادة أو شرعاً. فالحقيقة المهجورة عادة: كمن حلف أن لا يأكل هذا الدقيق فأكل عين الدقيق متصور فعله، لكن الناس تركوه وهجروه فيصرف أكل الدقيق إلى أكل خبزه.

وأما الحقيقة المهجورة شرعاً فهي كالتوكيل في الخصومة، فإن حقيقة الخصومة هي المنازعة، ولكنها مهجورة شرعاً فتحمل الوكالة بالخصومة على المجاز، وهو الدفاع عن الشخص والمحاماة عنه.

السبب الثالث: أن تدل دلالة الكلام أو السياق أو العرف أو قصد المتكلم على ترك المعنى الحقيقي، فيحتجض بصار إلى المعنى المجازي.

ومثال دلالة نفس الكلام: أن يقول: كل مملوك لي فهو حر لم يدخل العبد المكاتب إلا إذا نوى دخوله؛ لأن لفظ المملوك يطلق على المملوك الكامل.

ومثال دلالة سياق الكلام: أن يقول مسلم لمقاتل حربي: انزل فنزل كان آمناً. أما إذا قال: انزل إن كنت رجلاً فلا يكون آمناً.

ومثال دلالة العرف والعادة: النذر بالصلاة فهي في الأصل تطلق على الدعاء، ثم نقلت بالعادة أو الشرع إلى الهيئة المعروفة فلا يتحقق النذر بمجرد الدعاء.

ومثال دلالة قصد المتكلم: أن يقول المؤجر للمستأجر: أعرتك هذه الدار كل شهر بمائة دينار فقصده الإيجار وليست الإعارة.

ب- تطبيقات القاعدة:

يوجد لهذه القاعدة تطبيقات كثيرة نذكر منها^(١): إذا وقف مزرعة على أولاده، وليس له إلا أولاد أولاد حمل عليهم صوتاً للفظ عن الإهمال عملاً بالمجاز. ومنها: إذا قال

(١) الأشياء والنظار لابن نجيم ١٣٦، المهيد في تخريج الفروع على الأصول ص ٢٣٠.

شخص لراعي غنمه: اعط فلاناً رأساً من غنمي. أعطي شاة كاملة لتعذر المعنى الحقيقي.

ومنها: إذا حلف لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بحلفه بزمان صباه كأنه قال: لا أكلم هذه الذات ولو كلمه بعد ما كبر يحنث. ومنها: إذا نذر أن يهدي شقة للحرم وهو يسكن في مكان بعيد عن الحرم يبيعه ويهدي ثمنها للحرم؛ لأن المعنى الحقيقي يتعذر.

٣- قاعدة: «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»^(٢).

هذه القاعدة تعتبر فرعاً من قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن كلام المكلف إذا تعذر حمله على المعنى الحقيقي أو المجازي اعتبرناه لاغياً. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

هذه القاعدة تنص على أن كلام المكلف يحمل على المعنى الحقيقي، فإن تعذر يحمل على المعنى المجازي، وإلا فيهمل ويعد لغواً من القول ولا يعتد به. ويرجع سبب الإهمال إلى أمرين. الأول: تعذر حمله على أحد أنواع التعذر الثلاثة العادي أو العقلي أو الشرعي.

والثاني: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين أو أكثر، ولم تقم قرينة على ترجيح أحد معانيه. كما بينا عند الحكم الكلي للقاعدة الكبرى.

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة^(٣): إذا أقر عمرو بأن زيداً الذي هو أكبر منه سناً ولده. فإنه لفظ: «ولد» لا يمكن حمله على المعنى الحقيقي، ولا على المعنى المجازي فيلغو هذا الكلام.

(١) الأشياء والنظار لابن نجيم ص ١٣٥، مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦٢)

(٢) شرح مجلة الأحكام للفاضل ١٢٤/١، درر الحكام لعلي حيدر ٥٥/١.

ومنها: إذا قال رجل متزوج أربع نسوة لامرأة: تزوجتك على مهر ألف دينار كان هذا الكلام لغواً؛ لأنه لا يمكن حمل قوله: «تزوجتك» على المعنى الحقيقي لتعذر ذلك شرعاً، ولا على المعنى المجازي لعدم قرينة تدل عليه، فيهمل ولا يعتد به.

ومنها: لو ادعى رجل صحيح اليدين على رجل آخر أنه قطع يده وطالبه بالدية وقع الكلام لغواً.

ومنها: لو أقر شخص بأن أخته تراث ضعفي حصته من تركة أبيه، فإن كلامه يهمل لتعذر ذلك شرعاً؛ لأن نصيب البنت نصف نصيب الابن. بخلاف ما إذا أقر أنها تستحق مقداراً من المال في التركة مساوياً لحصته أو أكثر منها ولم يمين أنه من طريق الإرث، فإن هذا الإقرار صحيح؛ لأنه إقرار الابن لأخته ممكن بإسباب كثيرة كالقرص للمورث.

٤- قاعدة: «التأسيس أولى من التأكيد»^(١)

إن هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن الكلام المراد إعماله إذا دار بين التأسيس والتوكيد يحمل على التأسيس أولاً؛ لأن في التأسيس إعمالاً للكلام؛ لأنه يفيد معنى جديداً. أما التأكيد فهو إعادة اللفظ السابق لتقريره في ذهن المخاطب، فلا يفيد معنى جديداً. وهذا يعد إعمالاً لللفظ. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

التأسيس لغة: من أسس البناء تأسيساً جعل له أساساً. وأصله في اللغة الأصل والشئ الوطيد الثابت. فالأس أصل البناء، والجمع أساس. وجمع أساس أسس^(٢). والمراد به في القاعدة: إفادة معنى آخر لم يكن أصلاً قبله. فالتأسيس بهذا المعنى خير من التأكيد لأن حمل الكلام على الإفادة خير من حمله على الإعادة^(٣).

والتأكيد: من أكد وأصلها وكد لأن الهمزة مبدلة من واو.

وأصلها في اللغة الشدة والإحكام والتقوية^(١) وهو في الاصطلاح تابع يقرر امر المتبوع في النسبة أو الشمول. وقيل: عبارة عن إعادة المعنى الحاصل قبله^(٢). ولذا قيل: «التأكيد إعادة والتأسيس إفادة»^(٣) والتأكيد عند النحاة نوعان: تأكيد لفظي: وهو إعادة اللفظ الأول: مثل جاء زيد زيد. والثاني: تأكيد معنوي مثل: جاء زيد نفسه. وفائدته رفع معنى المجاز لاحتمال أن يكون المعنى في جاء زيد أي جاء غلامه أو خادمه أو كتابه^(٤).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن اللفظ احتمل إفادة معنى جديد، واحتمل إفادة الإعادة، فالأولى حمله على إفادة معنى جديد؛ لأن الإفادة خير من الإعادة.

ب- تطبيقات القاعدة.

من تطبيقات هذه القاعدة^(٥): لو أقر شخص بأنه مدين لزيد بألف دينار دون أن يذكر سبب الدين وأعطى الدائن سنداً بذلك ثم أقر لزيد نفسه مرة ثانية بألف دينار وأعطى سنداً بذلك ولم يبين سبب الدين. فإن إقراره الثاني يحمل على التأسيس لا على التأكيد، فيكون مقراً بألفي دينار.

ومنها: إذا قال رجل لزوجته: أنت طالق طالق طالق. تطلق ثلاثاً لحمل الكلام على التأسيس لا التأكيد.

ومنها: لوقال بائع السيارة للمشتري: خفضت لك من الثمن مائة دينار فقبل المشتري، ثم قال مرة أخرى: خفضت لك من الثمن مائة دينار، وقبل المشتري يسقط من الثمن مائتا دينار بحمل الكلام الثاني على التأسيس.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٣٨/٦.

(٢) التعريفات للجرجاني ص ٧١.

(٣) معجم القواعد العربية لعبد الغني الدقر ص ١٣١.

(٤) المصباح المنير للقيرومي ص ٢٤.

(٥) شرح مجلة الأحكام لقاضي ١٢٣/١.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٣٥، الأشياء والنظائر لابن نجيم ١٤٩.

(٢) المصباح المنير للقيرومي ص ٢٠، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٤١/١.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ٧١.

٥- قاعدة: «المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة»^(١).

إن هذه القاعدة تدخل تحت قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأن الإطلاق والتقييد من صفات الألفاظ، وإعمال الكلام يقتضي حمله على إطلاقه. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

أ- معنى القاعدة:

المطلق لغة: من أطلقت القول إطلاقاً فهو مطلق، وأطلقت البيعة، إذا شهدت من غير تقييد. وأصله في اللغة التخليّة والإرسال^(٢). والمطلق في الاصطلاح: «ما دل على شائع في جنسه»^(٣) وبعبارة أخرى: «ما دل على فرد شائع في جنسه غير محدد شيوعه بقيد لفظي»^(٤). ويقابله المقيد، وهو في اللغة من قيدت الفرس تقييداً، جعلت القيد في رجله، وتقييد الألفاظ بما يمنع الاختلاط ويزيل الالتباس^(٥).

والمقيد في الاصطلاح: «ما تناول معيناً موصوفاً بوصف زائد على حقيقة جنسه»^(٦) لقوله تعالى: ﴿فَتَحَرَّوْا رِقَبَ رُفُوسِكُمْ﴾ [النساء: ٩٢] فقد قيد الرقبة بوصفها مؤمنة.

وبعبارة أخرى: هو اللفظ الدال على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل^(٧).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن اللفظ المطلق يبقى على إطلاقه دون تقييد بوصف معين أو قيد معين، حتى يقوم دليل على التقييد إما بنص عليه: كذكر لفظ خاص من صفة: كفرس عربي، أو حال: كأن دخلت راكباً، أو إضافة: كاشتري لي فرس بكر، أو مفعول: كبعه من فلان، أو نهى: مثل لاتبعه في سوق كذا، أو شرط: مثل الطلاق المعلق على شرط، أو استثناء: مثل لك على مائة دينار إلا عشرة. وإما أن يكون التقييد

بدلالة الحال: مثل قول من قدم بلدة لغيره استأجر لي شقة، فاستأجر له بعد سنة، فإنه لا ينفذ فعل المأمور على الأمر؛ لأن استئجار الشقة مقيد بسد حاجته في الحال^(٨). ودلالة العرف كدلالة الحال عند الصاحبين من الحنفية فلو وكل شخص غيره ببيع سيارة تقيد بشمن المثل والتقد (الحال) فلا يملك بيعها بأقل من ثمن المثل، كما لا يملك بيعها بالتقسيت نظراً للعرف. وقد علل ذلك الشيخ أحمد الزرقاء بأن الإذن بالشئ في مظان التهمة ومواطن الخيانة يقيد بأن يكون موافقاً للعرف والعادة عندهما خلافاً لأبي حنيفة فلا يقيد بدلالة العرف^(٩). والأولى اعتبار رأي الصاحبين.

وينبغي تخصيص هذه القاعدة: «المطلق يجرى على إطلاقه» بالنصرفات التي لا تضرها الجهالة الفاحشة كالأقارب والأيمان والكفالة وما لا يحتاج إلى قبضه من الأثمان. أما ما تضره الجهالة الفاحشة: كالمره في النكاح والتمن والمبيع المحتاج إلى قبضهما في البيع والموكل بفعله من النصرفات أو بشرائه من البائع إذا كان المطلق فيها مجهولاً جهالة فاحشة فلا يعتبر ذلك الإطلاق، ولا يحتمل جهالته. كما إذا وكله في جميع أموره وليس للموكل صنعة معروفة لتصرف الوكالة إليها أو وكله بشراء شيء مجهول الجنس: ككثوب أو دابة. أو تزوج امرأة على مهر دون تحديد الجنس بطلت الوكالة في جميع الأمور والوكالة بالشراء ووجب مهر المثل في النكاح لكون النكاح لا يفسد بفساد التسمية.

كما تخصص القاعدة بغير الأموال والروايات الفقهية المطلقة، فإن مطلقات المتون يقيدوها الشراح، وقد نصوا على أنه إذا نص بعض الأئمة بقيد لم يصرح به غيره يجب اتباعه^(١٠).

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة^(١١) لو أقر شخص لزيد بأن له في ذمته ديناً ولم يبينه ولم يقيده. فيصح إقراره ويطلب منه بيان مقداره. لأن الجهالة في ذلك لا تضر ولو كانت فاحشة.

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٦١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) شرح مجلة الأحكام لقاضي ١/١٢٧، شرح القواعد الفقهية للزرقاء ٢٦٤.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦٤).

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٤٢٠، المصباح المنير للفيومي ص ٥١٣.

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلنجي وقنيي ص ٤٣٦.

(٤) الواضح في أصول الفقه للأشقر ص ١٩٠.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٣٨٨.

(٦) معجم لغة الفقهاء ٤٥٥.

(٧) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٣/٣٣٩.

ومنها: إذا وكل شخص آخر بشراء فرس، فاشترأها حمراء. فقال الموكل إنما أردتها بيضاء يلزم بما اشترأها الوكيل؛ لأن كلامه مطلق فيجوز على إطلاقه.

ومنها: إذا أعار شخص لآخر شيئاً ولم يعين المستعير كانت الإعارة مطلقة للمستعير أن يستعمل العارية حسب الإطلاق، فله أن ينتفع منها الانتفاع المعتاد بنفسه، وله أن يغيره إلى غيره، لكن لو قيد المعير بأن ينتفع المستعير بنفسه فليس للمستعير أن يغير ذلك الشيء إلى غيره.

٦- قاعدة: «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»^(١).

إن هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» لأنها تتعلق بنصوص الشارع، فيحمل الكلام على عموم لفظه، لا على خصوص سببه. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وضابط إعمالها وتطبيقاتها.

العموم لغة: من عمّ المطر عموماً إذا كثر. وأصلها في اللغة الطول والكثرة والعلو فالعميم الطويل من النبات. ويقال للنخلة عمّة. والعموم إذا اقتضاه اللفظ ترك التفصيل إلى الإجمال، ويختلف العموم بحسب المقامات وما يضاف إليها من قرائن الأحوال^(٢).

والعموم في اصطلاح أهل اللغة: إحاطة الأفراد دفعة^(٣) أو القول المشتمل على شيتين فصاعداً^(٤). ويقابله الخصوص وهو في اللغة: من خصّ الشيء خصوصاً خلاف عمّ. وأصله في اللغة يدل على الفرجة والثلمة، وسمى الخصوص بذلك لأن تعيين أفراد اللفظ يؤدي إلى إيقاع فرجة بينه وبين غيره من أفراد اللفظ^(٥). والخصوص في الاصطلاح: «تفرد بعض الشيء بما لا يشاركه فيه الجملة»^(٦) والمراد بالسبب: سبب نزول القرآن، وسبب ورود الحديث.

(١) القواعد الفقهية لمحيي هلال السرحان ص ٤٩، والاتقان للسيوطي ٢٩٩/١.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥/٤.

(٣) التبريقات للجرجاني ص ٢٠٣.

(٤) معجم المصطلحات الفقهية لمحمود عبد المنعم ٥٤٦/٢.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص ٢٣٤، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥٢/٢.

(٦) المفردات للراغب الأصفهاني ص ١٤٩.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن اللفظ العام يحمل على عمومه، ولو نزل في شخص بعينه؛ لأن استخدام الشارع الصيغة العامة في سبب خاص يدل دلالة واضحة على أن العبرة بعموم اللفظ فيتناول كل من باشر ذلك العمل الوارد في سبب النزول. مثل قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] فهو عام يتناول كل دعوى، وإن كانت تلك الآية نزلت بخصوص الصلح بين الزوجين، فالعبرة بعموم اللفظ. والضابط في ذلك أن تكون الصيغة عامة، أما إذا كانت الصيغة خاصة، ونزلت في معين فإنها تقصر عليه. كما في قوله تعالى: ﴿وَسَيَجْعَلُهَا لِلَّذِي يُوَقِّي مَالَهُ يَتَرَكَّى﴾ [الليل: ١٧، ١٨] فإنها نزلت في أبي بكر الصديق رضي الله عنه فتقصر عليه، ولا يدخل فيها كل من عمل عمل أبي بكر رضي الله عنه؛ لأن الآية وردت بصيغة الخصوص لا العموم. إذ الألف واللام في «الأنثى» لا تفيد العموم لأنها غير موصولة بأفعل التفضيل إجماعاً والاتقى ليس جمعاً بل هو مفرد والهد موجود خصوصاً مع ما يفيد صيغة أفعل من التمييز وقطع المشاركة^(١).

٧- قاعدة: «ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله»^(٢).

إن هذه القاعدة من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، فهي تدخل في كثير من أبواب الفقه. ووجه تعلقها بقاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» أن في جعل البعض يقوم مقام الكل فيما لا يقبل التبعض إعمالاً للكلام. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وتطبيقاتها ومستنبطاتها.

أ- معنى القاعدة:

الأشياء التي لا تقبل التجزئة كثيرة، ويمكن تقسيمها إلى قسمين: (٣)

الأول: ما لا يقبل التجزئة لتعذرهما عقلاً: كالشفعة والقصاص والطلاق، والكفالة بنفس الإنسان وصاية الأب على ابنه وغير ذلك.

والثاني: ما لا يقبل التجزئة لإمكانية إلحاق الضرر بالغير: كلزوم الضرر على المشتري بتفريق الصفقة.

(١) البرهان في علوم القرآن للزركشي ٣٢١/١، الإقناع للسيوطي ٣١/١.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١١٢.

(٣) القاعدة الكلية لهرموش ص ٢٦٥.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الأشياء التي لا يمكن تجزئتها إذا ذكر بعضها فكأن الكل قد ذكر، وإذا جرى تصرف على بعضها، فإن التصرف يشمل الكل^(١). وقد صاغها الديوسي بقوله: «الأصل أن ما لا يتجزأ فوجود بعضه كوجود كله»^(٢). وصاغها الزركشي بقوله: «مالا يقبل التبعض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله»^(٣).

ب- تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة:^(٤) إذا قال رجل لزوجته: نصفك طالق أو ربك طالق؛ تطلق كلها. وكذلك إذا قال لها: طلقتك نصف تطلق؛ فتعتبر تطلقاً كاملة.

ومنها: لو قال أحد في معرض الكفالة بالنفس: أنا كفيل بنصف زيد كان كفياً بنفس زيد؛ لأن النفس واحدة لا تتجزأ فذكر بعضها كذكر كلها. بخلاف الكفالة بجزء من الدين فصح لأنه يقبل التجزئة.

ومنها: إذا قال الشفيع للمشتري: رضيت بشرائك نصف المشفوع؛ سقطت شفيعته عن الكل لأن الشفعة حق مجرد لا يتجزأ، ولأنها لو تجزأت لما حصل الغرض الذي من أجله شرعت الشفعة، وهو دفع الضرر عن الشريك أو الجار. لأن الشفيع إذا رضي بأن يملك المشتري بعض المشفوع فقد رضي بالشركة أو الجوار فلا يبقى للشفعة معنى معقول.

ومنها: لو نذر أن يصلي لله تعالى ركعة لزمه أن يصلي ركعتين؛ لأن أقل الصلاة ركعتان، فذكر إحدهما كذكر كليهما.

ومنها: أن المرأة لو طهرت من خيضها أو نفاسها آخر وقت صلاة الظهر، وقد بقي منه مقدار ما يمكنها من الاغتسال فيه والتحريم للصلاة؛ لزمها صلاة الظهر كاملة، لأن الواجب لا يتبعض.

ج- مستثبات القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة:^(١) ما لو قال رجل للذات نصفي كفيل لك بدين زيد؛ لم تتعد الكفالة؛ لأنه يدل على عدم قبول هذه الكفالة.

ومنها: لو قال رجل لامرأته: أنت طالق واحدة إن شئت فقالت: شئت نصف واحدة لم يقع شيء لعدم موافقة المرأة لعرض الزوج.

٨- قاعدة: «السؤال معاد في الجواب»^(٢).

إن هذه القاعدة تنفرد عن قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إعماله» لأن مضمون السؤال يعمل به في الجواب المجمل، ولو لم يذكر في الجواب، ويعتبر مشتقاً على ما في السؤال من تفصيل.

وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتطبيقاتها.

السؤال لغة: من سأل يسأل سؤالاً ومسألة. ورجل سؤلة أي كثير السؤال. وسألته عن كذا استعلمته، وسأل الله العافية طلبها^(٣). وفي الاصطلاح: الكلام الذي تطلب الإجابة عنه^(٤).

والجواب في اللغة: من جوب وهو يدل في اللغة على أصلين.

الأول: خرق الشيء، ومنه جبت الأرض جواباً، فأنا جائب وجواب.

والثاني: مراجعة الكلام ومنه كلمه فأجابه جواباً وقد تجاوزا مجاوبة. ولا يسمى جواباً إلا بعد طلب^(٥).

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٦٠.

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٤١، الأشياء والنظائر لابن نجيم ١٥٣.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٢٤/٣، المصباح المنير للفيومي ٤٠٣.

(٤) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وقيني ص ٢٣٨، منهاج السلف في السؤال لعبد الفتاح أبو غدة ص ٩.

(٥) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٩١/١، المصباح المنير للفيومي ص ١٥٦.

(١) شرح مجلة الأحكام لقاضي ١٢٦/١.

(٢) تأسيس النظر للديوسي ص ٦٠.

(٣) المشور في القواعد للزركشي ١٥٣/١.

(٤) شرح مجلة الأحكام لقاضي ١٢٦-١٢٧، الوجيز في إيضاح القواعد للبورنو ص ٣٢٢.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: (١) أن الجواب إذا ورد بصيغة مجملة من أدوات الجواب مثل: نعم، بل، أجل، يشتمل على مضمون السؤال؛ لأن مدلولات هذه الأدوات يعتمد على ما قبلها. فيكون المجيب بأداة من تلك الأدوات مقرأ بمضمون السؤال؛ لأن تلك الأدوات تنوب عن السؤال. فلو سئل شخص هل أخذت من زيد ألف دينار؟ فقال من وجه إليه السؤال: نعم. يكون إقراراً بأخذ ألف دينار من زيد.

ومثل السؤال غيره من ألفاظ الإخبار والإنشاء: فلو باع شخص فضولي دار شخص آخر، فلما علم صاحب الدار بالبيع قال: رضيت، فيعتبر قوله رضيت إذناً وصح البيع. وكذلك لو قالت امرأة لزوجها: أنا طالق. فقال الزوج: نعم فتعتبر طالقة؛ لأن الكلام تضمن الطلاق (٢).

ثانياً: القواعد التي تعد قيداً أو ضابطاً في القاعدة.

١- قاعدة: «الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر» (٣).

هذه القاعدة بمثابة قيد في قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله» فيشترط لإعمال الكلام أن لا يكون مخالفاً للواقع المشاهد؛ كأن يصف العين الحاضرة بوصف كلامي مغاير للواقع المشاهد والمشار إليه فيلغو ذلك الوصف. ولا عبرة بالأوصاف التي ذكرت لتعريف الشيء المشار إليه؛ لأنه معروف بالمشاهدة والإشارة، وهما أبغ من التوصيف. ولا بد أن تكون صفته مما يدرك بهذه المشاهدة: كالألوان والحجوم. فإذا قال البائع مثلاً: بعتك هذه السيارة البيضاء بخمسة آلاف دينار وهي سوداء فقبل المشتري انعقد العقد لازماً للمشتري ولا خيار له في فسخه باختلاف الوصف؛ لأن وصفه لها بالبيضاء يلغو بحضور السيارة والإشارة إليها. هذا بخلاف ما إذا كانت السيارة غائبة؛ للمشتري الخيار باختلاف الوصف. لأن الغائب لا يعرف ولا يتعين إلا بالتوصيف. فإن وجدت العين على ما وصفت به فقد تم العقد وإلا فلا.

وخلاصة القول أن الوصف الكلامي لا يعتبر بشروط منها:

أ- أن يكون الشيء الموصوف موجوداً في مجلس العقد.

ب- أن تكون صفة الشيء مما يدرك بالمعانية كالألوان والأحجام.

أما إذا كانت لا تدرك بالمعانية: كأن يكون المشتري ضريراً لا يميز الألوان أو باعه على أنه صوف انجليزي ثم تبين أنه صيني. فلا يلغو الوصف.

٢- قاعدة: «من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وبين ما لا يتعلق به الحكم فالعبرة بما يتعلق به الحكم دون الآخر» (١).

ومعنى القاعدة أن من تكلم كلاماً جمع فيه بين ما يكون محلاً لحكم من الأحكام وما لا يكون. فالحكم يتعلق بما هو محل للحكم، ويهمل الكلام الذي لا يكون محلاً. ومثال ذلك أوصي بثلث ماله لحي وميت فالثالث كله للحي وليس للميت شيء، سواء علم بموته أو لا. وكذلك إذا قال لفلان على ألف دينار ولهذا الجدار لزمه ألف دينار للشخص الذي عينه دون الجدار. وكذلك إذا قال لزوجته ودابته: إحداكن طالق تطلق الزوجة لأن الدابة لا تقبل حكم الطلاق فينصرف إلى الزوجة تصحيحاً لكلام المكلف.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٠٧/٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٧١.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٦٢).

(١) تأسيس النظر للدبوسي ص ١٨

رفع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الفصل الثالث

فقه القواعد الكلية الصغرى

المراد بالقواعد الكلية الصغرى - كما سماها الطوفي - هي التي ترجع إليها مسائل كثيرة من أبواب الفقه الإسلامي لكنها أقل من القواعد الكلية الكبرى من حيث عدد المسائل وأبواب الفقه. هذا بالإضافة إلى أن بعض هذه القواعد يندرج تحتها قواعد فرعية وبعضها لا يندرج تحته أية قاعدة من القواعد الفرعية. وبالرغم من قلة عدد المسائل التي ترجع إليها وعدد القواعد التي تنفرع عنها إلا أنها تعدُّ من معالم الفقه الإسلامي وأبراجه العالية التي لا يستغنى عنها طالب العلم الشرعي والقانوني؛ إذ يستطيع الطالب بدراستها أن يطلَّ على مساحاتٍ واسعة، وأطراف مترامية من الفقه الإسلامي نظرياً وعملياً، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع نواحي الحياة الدنيوية والأخروية.

ولما كانت تلك القواعد كثيرة ويصعب حصرها في كتاب واحد لا بد من اختبار بعض هذه القواعد التي تتلاءم مع طبيعة هذه المادة والمستوى العلمي للدارسين، وكان اختياري لها موضوعياً ومتدرجاً، يبدأ بالقواعد الكلية العامة ثم القواعد الكلية الخاصة ببعض الأبواب الفقهية والأصولية ولذا سيُشتمل هذا الفصل على ستة مباحث وهي:

الأولى: فقه قاعدة كلية عامة «التابع تبع».

الثاني: فقه قواعد كلية خاصة بالضمان

الثاني: فقه قواعد كلية خاصة بالحلال والحرام.

الرابع: فقه قواعد كلية خاصة بالقضاء وطرق الإثبات

الخامس: فقه قواعد كلية خاصة بالسياسة الشرعية.

السادس: فقه قواعد كلية خاصة بالاجتهاد الفقهي.

وفيما يلي بيان لتلك المباحث.

المبحث الأول

فقه قاعدة كلية عامة «التابع تبع»

المراد بالقواعد الكلية العامة هي التي ترجع إليها مسائل فقهية كثيرة من أبواب متعددة، ويتفرع عليها بعض القواعد الفرعية. ويمثل هذا النوع من القواعد قاعدة: «التابع تبع» وهي من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، إذ أنها تدخل في العبادات من صلاة وزكاة، كما تدخل في المعاملات من بيع وإجارة ورهن وإحياء وموت وإقرار، كما تدخل في القضاء والشهادات والجهاد، كما تدخل في النيات والمقاصد. ولكي يدرك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقتها اللغوية والشرعية وتطبيقاتها ومستثنياتها والقواعد التي تتعلق بها.

المطلب الأول: حقيقة قاعدة: «التابع تبع»:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي، وتحليل عناصرها. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: معنى قاعدة: «التابع تبع»:

التابع في اللغة: من تبع عمر زيدا إذا مشى خلفه، ويقال: المصلي تبع لإمامه، والناس تبع لحكامهم. والتبع يكون واحداً وجمعاً ويجوز جمعه على أتباع. وأصل التبع في اللغة التلو والقفو والإلحاق، يقال: تبت فلاناً إذا تلوته واتبعتك إذا لحقت. ويطلق التبع على قوائم الدابة، لأنه يتبع بعضها بعضاً^(١).

والتابع في اصطلاح الفقهاء: يطلق على عدة أمور^(٢):

الأول: ما اتصل بغيره اتصالاً حقيقياً لغة أو شرعاً، بحيث يكون جزءاً منه كالعصو من الحيوان وفروع الأشجار وأوراقها، وقفل الباب المثبت في الباب والحجارة المخلوقة في الأرض وغير ذلك.

والثاني: ما اتصل بغيره اتصالاً قابلاً للانفصال عنه: مثل الجنين، والثمار.

والثالث: ما اتصل بغيره اتصالاً ضرورياً: كالفتح من القفل.

والرابع: ما اتصل بغيره اتصالاً عرضياً كالنقل والتفريغ في الأشياء المباعة. وإذا كان التابع يخضع للعرف والعادة فإنه يختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى آخر، فإذا تغير العرف تغير الحكم، عملاً بقاعدة: «لا يترك تغير الأحكام بتغير الأزمان».

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن التابع للشيء في الوجود حقيقة أو حكماً تابع له في الحكم، فيسري عليه ما يسري على مشبوع، ولا ينفرد بالحكم، فإذا بيع حيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً لأمه، ولا يجوز إفراده بالبيع.

ثانياً: تأصيل قاعدة: «التابع تبع»:

تستند هذه القاعدة إلى السنة والإجماع والمعقول.

١ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً وقد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(١) فالإبرار هو التلقيح، وإبرار كل شيء بحسب ما جرت العادة أنه إذا فعل فيه نبتت ثمرته وانعقدت به، ولا يشترط في التأبير أن يؤبره أحد، بل لو تأبر بنفسه لم يختلف الحكم. ويعبر به عن ظهور الثمرة وانعقادها. والحديث يدل بمنطوقه على أن النبي ﷺ جعل ثمار النخيل المباع للبائع إذا كانت مؤبرة إلا أن يشترطها المشتري في العقد، ويدل بمفهومه على أن الثمار قبل التأبير تكون من حق المشتري، لأن النبي ﷺ جعلها للبائع بشرط الإبرار، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط^(٢).

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٩٠)، ٣٥/٣ الموطأ للإمام مالك مع تنوير الحوالك ٥٥/٢.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤/٢٠٤.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٣٦٢، المصباح المنير للفيومي ص ٩٩.

(٢) مجلة الأحكام المدنية، المواد (٢٣٠-٢٣٣)، الفروق للقرافي ٢٨٣/٣.

٢- وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «زكاة الجنين ذكاة أمه»^(١) فالزكاة الذبح أو النحر بشروطه الشرعية^(٢) والحديث يدل أن الجنين يتبع أمه في الزكاة، فإذا ذكيت أمه يحل بذكاة الأم سواء خرج حياً أو ميتاً، ولا يحتاج إلى تذكية^(٣).

٣- وقد أجمع العلماء على العمل بهذه القاعدة من حيث الجملة. ففي بيع الأصول والثمار اتفق الفقهاء على أنه يدخل في بيع الدار الأرض وكل بناء حتى حمامها^(٤). وقال ابن المنذر: إنه لم يرو عن أحد من الصحابة، ولا عن العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا باستئذان الزكاة فيه إلا ما روي عن أبي حنيفة^(٥).

٤- ومن المعقول أن التابع متصل بالتنوع اتصال خلقه كما في الجنين، يتغذى بغذائها فتكون ذكاته كذكاة عضو من أعضاء الذبيحة^(٦) ولأن إفراز التابع بحكم يشق على المكلفين، فيلحق التابع بالتنوع في الحكم عملاً بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير».

ثالثاً: تحليل عناصر قاعدة: «التابع تبع»

هذه القاعدة تتكون من موضوع وحكم كلي ومناطق الحكم.

١- فالموضوع هو توابع الأشياء من إنسان وأموال ومقاصد ونبات فالمصلون تبع للإمام، ويتبع المبيع من عقار وحيوان ما يتصل به من أعضاء وأجزاء وثمار وأجنة وغير ذلك. والمعتبر في النية الأصل دون التابع، فيصير العبد مسافراً بنية مولاه، وتعتبر الزوجة مسافرة بنية زوجها، ويصير الجنود مسافرين تبعاً لنية قائدهم، وترجع أسباب تبعية الشيء إلى غيره إلى عدة أمور وهي^(٧):

- (١) سنن الترمذي، كتاب الأطعمة، باب (٢)، ٧٢/٤. وقال: حسن صحيح.
- (٢) معجم لغة الفقهاء لقلنجي وقتيبي ص ٢١٤.
- (٣) نيل الأوطار للشوكاني ١٦٤/٨.
- (٤) رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للدمشقي ص ١٣٦.
- (٥) نيل الأوطار للشوكاني ١٦٤/٨.
- (٦) المغني لابن قدامة ٥٧٩/٨.
- (٧) الفروق للقرافي ٢٨٤/٣.

١- النص الشرعي: كما في حديث بيع النخل المؤبر.

ب- اللغة، فما اقتضاه اللفظ يتبع متبوعه: كالأرض يتبعها البناء والأشجار.

ج- العرف: كلجام الدابة وخطام البعير.

د- الشرط العقدي: كما ورد في الحديث: «إلا أن يشترطه المبتاع» فما اشترطه أحد العاقدين بأن يكون تابعاً يكون كذلك.

٢- والحكم الكلي: تبعية التابع للمتبوع في الحكم، ويشترط لذلك:

أ- أن تثبت التبعية بأحد الأسباب السابقة.

ب- أن لا ينص على خلاف تبعية التابع للمتبوع.

٣- ومناطق الحكم: هو النص أو اللغة أو العرف أو الشرط العقدي، فإذا بني الحكم على نص شرعي أو اقتضته اللغة أو صرح به في العقد ثبت الحكم الشرعي، ولا يختلف باختلاف العوائد ولا يقال: إن العرف اقتضاه، أما إذا كان الحكم مبنياً على عرف وتغير العرف تغير الحكم.

المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة «التابع تبع» ومستثنياتها:

أولاً: تطبيقات هذه القاعدة:

إن تطبيقات هذه القاعدة تدخل في كثير من أبواب الفقه ومن ذلك:

١- ذهب الحنفية في قول وهو الصحيح عندهم والمالكية والحنابلة إلى أن الأخرس لا يلزمه تحريك لسانه بتكريرة الإحرام، وإنما يكفيه أن يدخل في الصلاة بقلبه؛ لأن تحريك اللسان عبث، ولم يرد الشرع به. في حين ذهب الشافعية والحنفية في قول إلى وجوب تحريك لسانه لمتابعة الإمام في صلاة الجماعة^(١) والراجح الأول، لأن الأخرس يكفيه النية لأنه أتى بأقصى ما في وسعه.

(١) غمز عيون البصائر للحموي ٣٦٤/١، حاشية الدسوقي ٢٣٣/١، نهاية المحتاج للرملي ٤٤٣/١، مغني المحتاج، ١٥٢/١، المغني ٤٦٣/١.

٢- الربح في عروض التجارة ونتاج السائمة يتبعان أصلهما في الحول، فيضمان إلى حول أصلهما؛ لأنهما تبع لهما من جنسهما فأشبهه النماء المتصل^(١).

٣- إذا ضرب شخص بطن امرأة فماتت، ثم بعد موتها ألقت جنيناً ميتاً، فعلى الضارب دية الأم، ولا غرة في الجنين، وذلك لأن غرته اعتبرت داخلة في دية الأم لكونه تبعاً لها^(٢).

٤- زوائد المغصوب: كالصوف واللبن تعود إلى المغصوب منه، لأن المغصوب ملكه والزوائد تابعة للمغصوب في الوجود.

٥- إذا باع أرضاً ولها حقوق ارتفاق: من حق شرب ومسيل وطريق؛ فإنها تدخل في الأرض تبعاً ولا تفرد بالحكم.

ثانياً: مستثنيات القاعدة:

١- لو أسقط المرتهن حقه في حبس الرهن جاز مع بقاء حقه في الدين.

٢- لو أبرأ الدائن الكفيل صح الإبراء، ولا يسقط الدين عن الأصل.

المطلب الثالث: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «التابع تبع».

تتعلق بقاعدة: «التابع تبع» عدة قواعد فرعية منها ما يمثل فروعاً في القاعدة، ومنها ما يمثل قيوداً أو ضوابط لها. ومنها ما يمثل استثناء من القاعدة الأم، وفيما يلي بيان لتلك الأنواع من القواعد.

أولاً: القواعد التي تشمل فروعاً لهذه القاعدة:

ينفرد عن قاعدة: «التابع تبع» عدة قواعد منها:

١- قاعدة: «التابع لا يفرد بالحكم»^(٣).

(١) المغني لابن قدامة ٢/٦٢٦.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٩٧.

(٣) المتنور للزركشي ١/٢٣٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢٠.

هذه القاعدة مكملّة للقاعدة الكلية: «التابع تبع» فهي تعني أن التابع للشيء في الوجود لا يجوز أن يفرد بحكم مختلف عن حكم متبوعه، ولا أن يتصرف فيه وحده دون متبوعه، فلا يجوز بيع الجنين في بطن أمه دونها. ولا بيع حق الشرب أو المسيل دون الأرض، ولا بيع عضو من أعضاء الشاة وهي حية دون أصلها. وقد قيد هذه القاعدة الشيخ مصطفى الزرقاء: بما إذا كان التابع من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره لا يصلح أن يكون محلاً في العقود أي معقوداً عليه. أما ما وراء ذلك فالتابع يمكن أن يفرد بحكم، كما في حالة التعدي: كما لو ضرب شخص بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً ميتاً فعلى الضارب الغرة. وكذلك أثبتوا للجنين أهلية وجوب ناقصة يستحق بمقتضاها حقوقاً أربعة: منها إرثه من مورثه، والوصية له بشرط أن يولد حياً. وكذلك يجوز بيع المفتاح دون قفله. ولجام الدابة دون الدابة^(١).

ويقدها الشيخ أحمد الزرقاء بما لم يصر التابع مقصوداً: أما إذا صار مقصوداً فإنه يفرد بالحكم، وذلك كزوائد المغصوب المنفصلة المتولدة فإنها تصير أمانة في يد الغاصب غير مضمونة عليه إلا بالتعدي عليها أو منعها بعد الطلب، فإنه يضمنها حينئذ، لأنها صارت مقصودة وكذلك زوائد الرهن المنفصلة المتولدة تكون رهناً تبعاً ولا يقابلها شيء من الدين، فلو هلك لا يسقط شيء من الدين، ولكن إذا صارت مقصودة بالفكالك بأن بقيت بعد هلاك الأصل تفك بحصتها من الدين، فيقسم الدين على قيمتها يوم الفكالك وقيمة الأصل يوم القبض، ويسقط من الدين حصة الأجل وتفكك الزوائد بحصتها. وكذلك زوائد المبيع المنفصلة المتولدة إذا حدثت قبل القبض تكون تبعاً للمبيع ولا يقابلها شيء من الثمن لو تلفت، ولكن لو أتلّفها البائع سقطت حصتها من الثمن، فيقسم الثمن، على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم الاستهلاك^(٢).

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٢١.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٠١-٢٠٢.

٢- قاعدة: «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته»^(١):

هذه القاعدة فرع عن قاعدة: «التابع تبع»؛ لأنها تتناول الأصول والتوابع المتعلقة بالبيع والشراء.

ومعنى الضرورة في القاعدة الضرورة العقلية المطلقة، وهي التي يحكم فيها بضرورة ثبوت المحمول للموضوع^(٢). وبعبارة أخرى: للزوم، فمن ملك شيئاً ملك ما هو من لوازمه عقلاً أو عرفاً ولو لم يشترط في العقد، فمن ملك داراً ملك الطريق الموصولة إليها؛ لأن الطريق ضروري للدار لأنه لا يتفق بالدار بدونها. ومن اشترى أرضاً ملك ما فوقها من فضاء وما تحتها من أرض، وله أن يبني الطوايق المتعددة في حدود التنظيم العام في البلد، وله أن يحفر في الأعماق إلى ما يشاء^(٣).

٣- قاعدة: «التابع يسقط بسقوط المتبوع»^(٤):

هذه القاعدة تعد فرعاً من فروع قاعدة: «التابع تبع» كما ذكر الزركشي والسيوطي وابن نجيم ويقرب من هذه القاعدة قاعدة: «يسقط الفرع إذا سقط الأصل»^(٥) وقاعدة: «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه»^(٦) وقاعدة: «المبني على الفاسد فاسد»^(٧).

ومعنى القاعدة: أن الذي يكون وجوده مرتبطاً بوجود غيره يتبعه في الوجود والعدم، فإذا سقط الأصل سقط الفرع كالشجرة إذا ذوى (ذبل) أصلها وجذورها وساقها ذوت فروعها وثمارها.

- (١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٤٩).
- (٢) التعريفات للمخرجاني ص ١٨٠.
- (٣) المدخل الفقهي للزرقاء، ١٠١٨/٢.
- (٤) المتشور للزركشي ٢٣٥/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٨، الأشباه لابن نجيم ص ١٢١.
- (٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- (٦) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٥٢).
- (٧) الوجيز في القواعد للبروني ص ٣٤٢.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: إذا أبرأ الدائن المدين بريء كفيله. وقد صاغ هذا الفرع ابن نجيم في قاعدة وهي: «إذا برئ الأصل بريء الكفيل»^(١) ولا عكس كما قال الشيخ أحمد الزرقاء فلو أبرأ الدائن الكفيل لا يبرأ الأصل^(٢) ومن تطبيقاتها: إذا مات الفارس في الجهاد سقط سهم فرسه لا العكس^(٣).

ومنها: إذا مات الموكل أو جُرُّ انزعول الوكيل؛ لأن تصرف الوكيل فرع عن تصرف الموكل، فإذا سقط تصرف الموكل سقط تصرف الوكيل^(٤).

ومنها: إذا هلك المبيع وهو بيد البائع سقط الثمن عن المشتري، لأن الثمن عوض عن المبيع ومتفرع عنه^(٥).

ومما يستثنى من هذه القاعدة^(٦): لو مات المجاهد الذي له حق في بيت المال يعطي أولاده من بيت المال، ولا يسقط حقهم بسقوط أصلهم ترغيباً للناس في الجهاد في سبيل الله. وكذلك العالم الذي له حق في بيت المال ترغيباً في طلب العلم. ومنها: أن المحرم الذي لا شعر على رأسه يجب إمرار الموس عليه مع أن الأصل قد سقط وهو الشعر. ومنها: إذا بطل أمان رجال لم يبطل أمان نسائهم وأطفالهم في الأصح.

ثانياً: القواعد التي تعد قبيداً أو ضابطاً لقاعدة: «التابع تبع»:

١- قاعدة: «التابع لا يتقدم على المتبوع»^(٧):

هذه القاعدة تعدّ ضابطاً في قاعدة: «التابع تبع» لأن التابع تال لمتبوعه ومتأخر عنه في

- (١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- (٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٠٥.
- (٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٨.
- (٤) شرح المجلة للقاضي ١١١/١.
- (٥) المرجع السابق.
- (٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٢١.
- (٧) المتشور للزركشي ٢٣٦/١، الأشباه للسيوطي ص ١١٩، الأشباه لابن نجيم ص ١٢١.

الوجود، فلا يجوز أن يتقدم عليه في الفعل والعمل، لأنه إذا تقدم عليه في الفعل تقدم عليه في الحكم، وهذا تناقض لأنه تابع لمتبوعه في أحكامه^(١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة: لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف، ولا في تكبيرة الإحرام ولا الخروج من الصلاة بالسلاط ولا في غيرها من الأفعال لقوله ﷺ: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا وإذا ركع فاركعوا»^(٢) فالإتمام الإتيان والمتقدم غير تابع^(٣). ومنها: ما لو كان بياض (أرض غير مزروعة) متخللة بين أشجار النخيل أو العنب فساقه على الأشجار وزارعه على البياض فيشترط أن يقدم لفظ المسافة على المزارعة في العقد؛ لأن المزارعة تابعة للمسافة فلا يتقدم التابع على المتبوع.

٢- قاعدة: «يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها»^(٤):

هذه قاعدة تعد ضابطاً في قاعدة: «التابع تبع» لأنه قد يتساهل في استيفاء بعض الشروط الشرعية فيما يعد تابعا لغيره أو فيما ثبت ضمناً، في حين لا يتساهل في استيفاء تلك الشروط في المتبوع أو المحل الأصلي؛ لأن التابع يثبت ضرورة لثبوت متبوعه، فيشدد في المتبوع ويتساهل في التابع.

ومن أمثلة ذلك: اشترط الفقهاء في الوقف أن يكون عقاراً فلا يصح وقف المنقول، لكنهم أجازوا وقف المنقول إذا كان تابعا للعقار: كالأثاث الموجود في الدار الموقوفة يصح وقفه تبعاً للدار. ومنها: إطلاق النار على المسلمين ابتداء لا يجوز أما إذا ترس بهم الكفار المحاربون فيجوز إطلاق النار على الكفار والمسلمين. ومنها: لا يجوز للمشتري أن يوكل البائع بقبض الثمن؛ لأن التسليم والتسلم لا يتمان من جانب واحد،

لكن لو أعطى المشتري البائع كيساً ليكيل له ويضع فيه الطعام الذي اشتراه جاز وكان قبضاً من المشتري.

ثالثاً: القواعد التي تعد استثناء من قاعدة: «التابع تبع»:

توجد عدة قواعد تندرج تحت هذا النوع، لكن ساقصر على بيان قاعدة:

«قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل»^(١):

هذه القاعدة تعتبر استثناء من قاعدة: «التابع تبع» لأن الأصل أن التابع لا يثبت إلا إذا ثبت المتبوع. ويستثنى من هذا الأصل أنه قد يحكم بثبوت شيء تابع لغيره مع عدم ثبوت المتبوع؛ وذلك لقيام الحجة على لزوم تحقق هذا الحكم. وقد صيغت هذه القاعدة بعبارة أخرى منها: «قد يثبت الفرع دون الأصل»^(٢) و«قد يثبت الفرع مع سقوط الأصل»^(٣).

وقد يستغرب البعض وجود هذه القاعدة ويحكم بعدم معقوليتها؛ لأنها تنافي السنن الطبيعية ففي الطبيعة لا يوجد فرع بلا أصل. لكن الشيخ مصطفى الزرقاء أزال هذا الاستغراب من الأذهان حيث قال: «إن الأمور الحقوقية تؤثر فيها عوامل تختلف عن العوامل الطبيعية. فهذه القاعدة تعبر عن إثبات الحقوق أمام القضاء ولا تبحث عن نشوئها في الواقع. فوجود الفرع يستلزم في الواقع وجود الأصل الذي تفرع عنه، ولكن إثبات المسؤوليات الحقوقية على الأشخاص فقد تفقد وسائله المثبتة في حق الأصل وتوافر في حق الفرع»^(٤).

(١) موسوعة القواعد الفقهية للبرونو ١٦٢/٣.

(٢) صحيح البخاري: كتاب الصلاة، باب (١٨)، ١٠٠/١.

(٣) الفوائد الجنية للفاثاني ١١٣/٢.

(٤) الأشباه للسيوطي ١٢٠، الأشباه لابن نجيم ١٢١، ويقرب من هذه القاعدة: «يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً»، «قد يثبت الشيء ضمناً وحكماً ولا يثبت قصداً»، «يغتفر في التوابع مالا يغتفر في الأوائل».

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٨١).

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٢١/٢.

(٣) الوجيز للبرونو ص ٣٣٨.

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠٢١/٢، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز لها لعزت عبيد الدعاس ص ٦٦.

ومن الأمثلة على ذلك^(١) : لو ادعى رجل على خالد ألف دينار وكفله زيد، فاعترف الكفيل (زيد)، . وأنكر المدين (خالد) وعجز المدعي عن إثبات ما له في ذمة خالد يؤخذ المبلغ من الكفيل، لأن المرء مؤاخذ بإقراره. ففي هذه المسألة قد ثبت التابع، ولم يثبت المتبوع وثبت الفرع (الكفالة) ولم يثبت الأصل (الدين). ومنها: إذا ادعت عائشة على خليل بالنفقة لولدها أحمد فأنكر خليل الزوجية بينهما وعجزت المرأة عن إثباتها، فإن دعوها بالنفقة لا تسمع، ولكن لو ادعى الولد بعد ذلك كونه ابن خليل وأثبت ذلك بدعوة خليل إياه، فإنه يثبت نسبه منه، ففي هذه المسألة قد ثبت النسب الذي هو فرع، ولم يثبت النكاح الذي هو أصل. ومنها: إذا أقر رجل لشخص مجهول النسب أنه أخوه، ولكن الأب أنكر ذلك لم يستطع المدعي إثبات ذلك لم تثبت بنوته للأب، ولكن يؤخذ المقر بإقراره أنه أخوه فيقاسمه ذلك الشخص حصته من ميراث الأب.

المبحث الثاني

فقه قواعد كلية خاصة بالضمان

الضمان لغة: من ضمنته المال أزمته إياه، وأصله في اللغة جعل الشيء في شيء يحويه، ومنه ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، وتسمى الكفالة بذلك لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته، ومنه المضامين ما في بطون الحوامل^(١).

والضمان في اصطلاح الفقهاء: على أحد معنيين. الأول: الكفالة، وهي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصل في المطالبة^(٢) والثاني: الغرم وهو ما يتحملة الغارم عند تلف شيء برد مثله إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً (أي لا مثل له)^(٣) وهذا هو المعنى الذي يهمننا في هذا المبحث لا المعنى الأول. وعلى المعنى الثاني تبني نظرية الضمان في الفقه الإسلامي كما يظهر من كتابات العلماء القدامى والمعاصرين^(٤)، وقد وردت في هذه النظرية عدة قواعد فقهية ذكرها المعاصرون. وساقص في هذا المبحث على أربع قواعد وهي: «الخارج بالضمان» و«الغرم بالغنم»، و«إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»، و«جناية العجماء جبار».

المطلب الأول: فقه قاعدة: «الخارج بالضمان»:

إن قاعدة: «الخارج بالضمان» من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي إذ أنها تتعلق بكثير من أبواب المعاملات المالية من بيع وإجارة وكفالة ووكالة ورهن وشركة وغير ذلك. وهي تعبر عن أهم المبادئ في المعاملات المالية وهو مبدأ العدل. وفيما يلي بيان لحقيقة هذه القاعدة وتطبيقاتها، ومستثنياتها.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/ ٣٧٢، المصباح المنير للقيومي ص ٤٩٧.

(٢) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وتقيي ص ٣٨٢.

(٣) المرحع السابق ص ٢٨٥.

(٤) من كتب العلماء القدامى: مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة لأبي محمد بن غانم البغدادي. ومن كتب المعاصرين: الضمان في الفقه الإسلامي لملي الخفيف، ونظرية الضمان لروبة الزحيلي، ونظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله.

أولاً: حقيقة قاعدة: «الخراج بالضمان»:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لابد من بيان معناها وتاصيلها الشرعي، وتحليل عناصرها.

١- معنى قاعدة: «الخراج بالضمان»:

الخراج لغة: مأخوذ من خرج يخرج خروجاً ومخرجاً، وأصله في اللغة النفاذ عن الشيء. ويطلق على الغلة والإتاوة^(١). والمواد بالخراج في هذه القاعدة: ما يحصل من غلة العين المبيعة عبداً كان أو أمة أو ملكاً. وبعبارة أعم: «كل منفعة منفصلة حصلت من عين مملوكة»^(٢). والمواد بالضمان في القاعدة: الغرم وهو ما يتحملة الغارم عند تلف الشيء برد مثله إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن منفعة الشيء أو غلته يستحقها من يكون هلاك ذلك الشيء على ضمانه وحسابه. وبعبارة أخرى: أن من يضمن شيئاً لو تلف فإنه ينتفع به في مقابلة الضمان^(٣) فالمشتري الذي له الحق في رد المبيع إلى البائع وأخذ الثمن بعيب لم يبينه البائع؛ يستحق غلة المبيع قبل الرد ولا يجب عليه ردها إلى البائع؛ لأنها تجعل في مقابلة الضمان عليه فيما لو هلك المبيع وهو في يده.

٢- تأصيل قاعدة: «الخراج بالضمان»:

يستدل لهذه القاعدة بالسنة والمعقول.

أ- ما روت عائشة رضي الله عنها قالت: إن النبي ﷺ قال: «الخراج بالضمان»^(٤)

إن سبب ورود هذا الحديث هو ما روت عائشة رضي الله عنها: أن رجلاً ابتاع غلاماً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عبياً، فخاصمه إلى النبي ﷺ، فردّه عليه،

فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي. فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»^(٥) ولذلك قضى شريح رحمه الله بين الرجلين اللذين احتكما إليه في مثل هذا بأن قال للمشتري: رد الداء بدائه، ولك الغلة والضمان^(٦).

ب- ومن المعقول القياس على الأصل: «من ملك شيئاً ملك منافعه» بجامع ضمان الهلاك في كل. فالعين المملوكة إذا هلكت تهلك على مالكةا، والعين المشتراة قبل الرد بالعيب إذا هلكت تهلك على المشتري إذا كانت في يده فله منفعتها^(٧).

٣- تحليل قاعدة: «الخراج بالضمان»:

هذه القاعدة تكون من الموضوع والحكم الكلي ومناط الحكم.

أ- فالموضوع: هو الخراج أو غلة العين المملوكة أو الزيادة الحاصلة في العين، وقد قسم الفقهاء هذه الزيادة إلى أربعة أقسام^(٨):

الأول: زيادة متصلة ومتولدة من الأصل: كسمن الدابة، ونماء الشجر.

الثاني: زيادة متصلة بالأصل، ولكنها غير متولدة منه، وإنما تحصل بفعل الإنسان: كالبناء في الأرض وزراعة الأشجار وصباغة الثوب وديع الجلود.

والثالث: زيادة منفصلة متولدة من الأصل: كثمار الأشجار وأولاد الماشية وغير ذلك. والرابع: زيادة منفصلة غير متولدة من الأصل، وإنما تحصل من المنفعة: كأجرة السيارة، وأجرة الدار وغير ذلك.

ب- والحكم الكلي للقاعدة: هو أن غلة العين تملك لمن وجب عليه الضمان. ويشترط لذلك عدة شروط وهي^(٩):

(١) سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب (٧٢) رقم (٣٥١٠)، ٢٨٤/٣.

(٢) قواعد الفقه الإسلامي للروكي ص ٢٢٧.

(٣) قاعدة: الخراج بالضمان للمعابد ص ٣٤.

(٤) البدائع للكاظمي ٢٨٦/٥، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٩/٢، مغني المحتاج للشربيني ٦٢/٢، كشاف الفتاوى للهوني ٢٠٨/٣.

(٥) المراجع السابعة.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٧٥/٢.

(٢) قاعدة: «الخراج بالضمان» وتطبيقاتها لمحمد نوح معابدة ص ٩.

(٣) انظر: شرح مجلة الأحكام للقاضي ١٥٠/١.

(٤) سنن النسائي: كتاب البيع، باب الخراج بالضمان مع شرح السيوطي ٢٥٤/٧، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب (٧٢) رقم (٣٥٠٨)، ٢٨٤/٣، سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب (٥٣) وقال: حسن صحيح قريب.

الشرط الأول: أن تكون الغلة منفصلة عن الأصل سواء كانت متولدة عنه أو غير متولدة، أما إذا كانت الزيادة متصلة فلا تدخل في ملك المشتري إذا ردَّ المبيع بالعيب: كالسمن والكبر، لأنها نماء وليست بخراج.

الشرط الثاني: أن تكون الغلة حاصلة عن عين مملوكة ملكاً شرعياً: كالملك عن طريق البيع ولو في مدة خيار العيب أو مدة خيار الشرط، أو عن طريق الهبة أو عن طريق الشراء و لو كانت العين مستحقة للغير بالشفعة فيكون الخراج لمن يديه العين بأحد تلك الطرق، أما إذا كانت الغلة حاصلة من عين غير مملوكة بطريقة شرعية: كغلة المعصوب والمسروق فلا يستحقها من وقعت تحت يده.

والشرط الثالث: أن تكون الغلة حاصلة بعد وقوع سبب الملك: كعقد البيع، أما إذا كانت قبل ذلك فلا يستحقها من وقعت تحت يده: مثل لبن المصراه، فهو موجود في الشاة أو الناقة قبل البيع فيضمه المشتري ويرد بدله صاعاً من تمر.

ج- مناط الحكم الكلي: الضمان، حيث يتعلق الحكم بمن وجب عليه الضمان. فلما كان الإنسان بريء الذمة غير مطالب بأي التزام إلا بدليل أو سبب شرعي فإن أسباب الضمان هي^(١):

السبب الأول: الإلتاف لمال الغير.

إذا ألتف شخص مالا لغيره بالمباشرة أو التسبب ضمنه. ومن الأمثلة على الإلتاف بالمباشرة هدم الدور وحرقها، وأكل الطعام المملوك وشرب الماء المحذور وغير ذلك.

ومن أمثلة الإلتاف بالتسبب إيقاد نار قرب زرع جاره، فتؤدي إلى حرقه، فهذا إلتاف بالتسبب لأنه لم يتلف بالمباشرة، وإنما فعل ما من شأنه عادة أن يؤدي إلى التلف.

والسبب الثاني: وضع اليد (القدرة على تصرف الشخص في العين).

قسم الفقهاء الأيدي - باعتبار الضمان وعدمه- إلى يد أمانة ويد ضمان، فيد الأمانة هي التي قبضت العين لا بقصد التملك، بل نيابة عن المالك، فكان قبضها لمنفعة المقبوض منه:

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢، نظرية الضمان للزحيلي ص ٦٤، نظرية الضمان لمحمد فوزي فيض الله ص ١٩.

كالوديع وعامل المضاربة والوصي على مال اليتيم. فأصحاب هذه الأيدي لا يضمنون ما تلف تحت أيديهم إذا كان بدون تعدٍ أو تقريط، لأن صاحب اليد قصد من القبض منفعة مالك العين.

ويد الضمان: هي التي قبضت العين لمنفعة القابض نفسه سواء أكان بإذن المالك وهي تسمى (اليد المؤتمنة): كيد البائع على المبيع قبل التسليم أم بغير إذن المالك، وهي ما تسمى (اليد العادية) كيد الغاصب أو السارق، فإن أصحاب هذه الأيدي يضمنون بمجرد القبض، ولو كان التلف بأفة سماوية، أو قوة قاهرة. فالضمان على الحائز أي أنه يتحمل تبعه الهلاك.

السبب الثالث: العقد:

العقد مصدر للضمان إذا نصَّ فيه صراحة على شرط من الشروط أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أُخِلَّ العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يبق بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. قال السيوطي: «ما يضمن ضمان عقد قطعاً هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح»^(١).

ثانياً - تطبيقات قاعدة: «الخراج بالضمان»:

من تطبيقات هذه القاعدة^(٢) لو رد المشتري على البائع سيارة أجرة بخيار العيب بعد أن استعملها مدة أسبوع لا تلزم المشتري أجرة تلك المدة؛ لأنه لو تلف حال وجوده عنده كان عليه ضمان مثله أو قيمته.

ومنها: ما لو كان المبيع ثمرة فأنتمرت عند المشتري ثم ردت على البائع بسبب الاستحقاق (وهو ظهور مالك آخر للمبيع) كانت الثمرة للمشتري؛ لأنه هو المتحمل تبعه الهلاك فيما لو هلكت.

ومنها: الشريك في شركة الأعمال (التقفل) يستحق من الربح ولو لم يعمل، وذلك بسبب ضمانه للعمل.

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٣٦٢.

(٢) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٣٥.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الغرم بالغنم»:

بالرغم من أن هذه القاعدة عكس القاعدة السابقة: «الخراج بالضمان» إلا أنها بمعناها، أي أن المستفيد منفعة شيء هو أولى من غيره بتحمل خسارة ذلك الشيء عملاً بمبدأ العدل في المعاملات الذي قرره الشريعة الإسلامية.

والغرم لغة: من غرم في تجارته إذا خسر، ويقال: أغرم أي أدى غرمًا ومغرمًا وغرامة، ويتعدى بالتضعيف (تشديد الرأه) فيقال، غَرَّمْتُهُ وأغرمته جعلته غارماً. وأصل الغرم في اللغة يدل على الملازمة^(١). والغرم في الاصطلاح: «ما يتحملة الغريم في ماله تويضاً عن ضرر بغير جناية ولا خيانة»^(٢).

والغنم في اللغة: من غنمت الشيء أغنمته غنماً أصبته غنيمة ومغنماً. وأصله في اللغة يدل على إفادة شيء لم يملك من قبل^(٣).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: كما أن المالك يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد، فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد^(٤). سواء أكان المالك فرداً أم جماعة. ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٥):

١- لما كان المرتهن هو المستفيد بالعين المرهونة بتأمين الدين وتوثيقه، كان على المرتهن أجرة حراسة العين المرهونة.

٢- لما كان المشتري هو المستفيد بتوثيق نقل ملكية العقار، كان عليه أجرة تحرير سند البيع ودفع رسوم التسجيل في دائرة الأراضي.

٣- لما كانت الأرباح توزع على الشركاء بحصة رؤوس أموالهم أو قدر حصصهم؛ كان عليهم نفقة تعمير الملك وصيانته.

٤- لما كان الانتفاع بالنهر المشترك لعموم المستفيين القريبين منه كان كرى النهر (تنظيفه من الطمي) على هؤلاء المتفيين بقدر حصص انتفاعهم بالنهر.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر»:

سبق أن بينت من أن من أسباب الضمان الإلتاف بالمباشرة أو التسبب وتأتي هذه القاعدة لبيان ما إذا اجتمع على الإلتاف للمال شخصان أحدهما بالمباشرة والثاني بالتسبب؛ فإن الضمان حينئذ يكون على المباشر، وفيما يلي بيان حقيقة القاعدة، وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها وتحليل عناصرها.

١- معنى القاعدة وتأصيلها:

المباشر للإلتاف: هو الذي يحصل التلف بفعله من غير أن يتدخل بين فعله والتلف فعل مختار^(١).

والتسبب للإلتاف: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن التلف لا يقع فعلاً منه، وإنما بواسطة أخرى: هي فعل مختار. وبعبارة أخرى: «هو الذي حصل التلف بفعله وتدخل بين فعله والتلف فعل مختار»^(٢).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أنه إذا اجتمع على إلتاف الشيء شخصان أحدهما أتلفه بفعله المباشر، والثاني أتلفه بسبب بعيد، فإن المباشر هو المسؤول عن الضمان، حتى

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٤١٩، المصباح المنير للفيومي ص ٦١٠

(٢) معجم لغة الفقهاء للقمي وفتني ص ٣٣٠.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٣٩٧، المصباح المنير ص ٦٢٢.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ٦٢٢.

(٥) شرح المجلة للقاضي ١/١٥٢.

(١) غزير عيون البصائر للحموي ١/٤٦٦

(٢) المرجع السابق.

ولو كان السبب البعيد متصفاً بالتعدي والإهمال. كما قال القرافي: «إذا اجتمع منهما سببان كالمباشرة والسبب من جهتين غلبت المباشرة على السبب: كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر فألقاه فيه، فهذا مباشر والأول متسبب، فالضمان على الثاني دون الأول تقديماً للمباشرة؛ لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض»^(١).

٢- تحليل القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من الموضوع والحكم الكلي ومناط الحكم.

أ- فالموضوع: هو اجتماع المباشر والمتسبب على إتلاف الشيء ويتحقق اجتماع المباشر والمتسبب: بأن يتخلل بين عمل المتسبب وحدوث الإلتلاف فعل شخص آخر مختار. فهذا الشخص عندئذ يكون مباشراً^(٢).

ب- والحكم الكلي للقاعدة: يتضمن الفاعل المباشر للإلتلاف دون المتسبب. ويشترط في هذا الحكم عدة شروط منها^(٣):

الشرط الأول: اجتماع المباشر والمتسبب في إلحاق الضرر بالغير، فإن انفرد أحدهما بالضرر نسب الحكم إليه، كما إذا حفر بئراً، فسقط فيه حيوان بنفسه، فإن الحافر يضمن لانفراد السبب.

الشرط الثاني: أن لا يكون للسبب تأثير قوي يؤدي إلى العمل بانفراده إلى الإلتلاف: كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها، فالضمان على المتسبب وعلى المباشر؛ لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها. وكذلك إذا نخس الدابة بأمر راکبها يكون الضمان على الناحس والراكب؛ لأن الناحس بمنزلة السائق.

ج- ومناط الحكم في هذه القاعدة أو علته: هي رجحان المباشرة على السبب، وكونها أقوى من السبب؛ لأن المباشرة هي فعل الفاعل، وأما السبب فهو المقتضي والموصل إلى الحدوث والوقوع. والأصل في الأحكام أن تضاف إلى أفعالها وعللها المؤثرة لا إلى أسبابها الموصلة. كما قال البخاري في كشف الأسرار: «الأصل أن يضاف الحكم إلى العلة دون السبب، وإنما يضاف إلى السبب عند تعذر الإضافة إلى العلة بالكلية»^(١).

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة^(٢):

١- لو حفر أحد بئراً في الطريق العام، فألقى شخص فيها مالا لشخص آخر فتلف ضمن الذي ألقى المال في البئر ولا شيء على حافرها. أما إذا سقط المال بنفسه: كشاة وقعت فيه فيضمن حافر البئر؛ لأنه ليس له حفره في الشارع العام.

٢- لو دُلَّ شخص سارقاً على مال غيره فسرقة فالضمان على السارق، وليس على الدال، بخلاف ما إذا كان الدال وديعاً، فإنه يضمن المسروق، لأن الوديع حينئذ يعد مقصراً في الحفظ والوديع إذا قصر في الحفظ يضمن.

٣- لو أن شخصاً دفع للصبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه، فقتل به نفسه فلا ضمان على الدافع لأنه متسبب، وإنما الضمان على نفس الصبي لأنه مباشر إلا أن متاخري الحنفية قالوا: المختار أن الصبي يضمن.

٤- إذا حلَّ شخص رباط دابة في حظيرة مغلقة وفتح شخص آخر باب الحظيرة فهربت الدابة فالضمان على فاتح الباب، لأنه المباشر.

(١) كشف الأسرار للزبدوي، ١٧٦/٤.

(٢) شرح مجلة الأحكام لقاضي ١٥٣/١-١٥٤، إيضاح القواعد الفقهية لمبد الله اللحجي ص ٨٤،

نظرية الضمان للزحيلي ١٨٩.

(١) الفروق للقرافي ٢٠٨/٢.

(٢) الملخص الفقهي للزرقاء ١٠٤٧/٢.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٣٨٠.

٥- إذا غضب شخص شاة وأمر فصاباً بذبحها، فذبحها وهو جاهل بالحال. فالضمان على الغاصب.

٦- إذا أفتاه من هو أهل للفتوى بإتلاف شيء، ثم تبين خطؤه فالضمان على المفتي. أما إذا كان المفتي غير أهل للفتوى، فلا يضمن المفتي؛ لأن المستفتي مقصر في اختيار المفتي المؤهل.

٧- إذا قتل الجلاذ بأمر الإمام ظملاً، وهو جاهل فالضمان على الإمام بخلاف ما إذا كان عالماً بظلمه أو خطئه فالضمان على الجلاذ.

المطلب الرابع: فقه قاعدة: «جنابة العجماء جبار»:

هذه القاعدة تتعلق بنظريّة الضمان في الفقه الإسلامي؛ لأنها تتعلق بضمان ما يحدثه الحيوان من إتلاف مال الغير، وفيما يلي بيان لحقيقة القاعدة وتأصيلها وتحليلها وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة القاعدة لا بدّ من بيان معناها وتأصيلها وتحليلها.

١- معنى القاعدة:

الجنابة لغة: من جنى على قومه إذا أذنب وأجرم^(١).

والجنابة في الإصطلاح: «كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها»^(٢)، وغلبت الجنابة في ألسنة الفقهاء على الجرح والقطع. والجمع جنابات.

والمراد به في هذه القاعدة: ما تفعله البهائم من الإضرار بالنفس أو بالمال^(٣). والعجماء في اللغة: مؤنث أعجم فيقال: عجم (بالضم) عجمة، فهو أعجم والمرأة

عجماء، وهو أعجمي لكثرة وعدم فصاحة، وهو في أصل اللغة يدل على السكوت والصمت وعدم الكلام، فيقال بهيمة عجماء، لأنها لا تتكلم، وكذلك كل من لا يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم^(١). والمراد بالعجماء في القاعدة: البهيمة.

والجبار في اللغة: الهدير. وهو في أصل اللغة العظمة والعلو والاستقامة. والجبار مما يشد عن هذا الأصل. فجنابة العجماء جبار أي هدر، وكذلك البئر العادية (القديمة) التي لا يعلم لها حافر ولا مالك يقع فيها الإنسان أو غيره فذلك هدر، وكذلك المعدن جبار، إذا انهار على أحد العمال وهم يحفرونه فذلك جبار^(٢).

والمعنى الإجمالي لهذه القاعدة: أن الحيوان إذا أتلف شيئاً بالليل أو بالنهار من تلقاء نفسه، وبغير تفرط من مالكه أو أتلف شيئاً وليس معه أحد من سائق أو قائد، فذلك غير مضمون على صاحبه. ويؤيد ذلك قوله ﷺ: «العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركائز الخمس»^(٣) قال الترمذي: «فسر بعض أهل العلم، قالوا؛ العجماء: الدابة المتفلة من صاحبها، فما أصابته من انفلاتها، فلا غرم على صاحبها»^(٤).

٢- تحليل قاعدة: «جنابة العجماء جبار»:

هذه القاعدة تتكون من موضوع القاعدة وحكمها ومناطها.

أ- فالموضوع: هو جنابة العجماء أو ما تحدثه من إضرار بالنفس أو بالمال. فالجنابة لاتنسب إلى الحيوان إلا بفعل قد وقع منه. وبعبارة أخرى: أن يكون الحيوان قد قام بدور إيجابي في إحداث الجنابة. أما لو حدثت الجنابة دون أن يصدر فعل من الحيوان، فلا

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٢٩/٤، المصباح المنير للفيومي ٥٣٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥٠١/١، المصباح المنير للفيومي ص ١٣٣، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير ٢٣٥/١.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الديات، باب (٢٨)، ٤٧/٨، صحيح مسلم مع شرح النووي ٢٢٥/١١.

(٤) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب (٣٩)، ٦٦٢/٣، فتح الباري لابن حجر ٢٥٤/١٢.

(١) المصباح المنير للفيومي ص ١٥٤.

(٢) الترفيقات للجرجاني ص ١٠٧.

(٣) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ٣٨٩.

تنسب الجناية إليه، كما لو ارتطم شخص بحيوان مربوط في ملك صاحبه.

ولا يشترط في نسبة الجناية إلى الحيوان الاتصال المادي المباشر بين جسم الحيوان وبين المضرور، بل يكفي لذلك أن يكون الحيوان هو السبب في إحداث الجناية، كما لو أن حيواناً مفترساً دخل السوق، فأصاب الناس الذعر بسببه فجرح بعضهم أو كسرت يده أو رجله بسبب ذلك الحيوان، فنسب الجناية إلى الحيوان^(١).

ب- الحكم الكلي للقاعدة هو: أن جناية البهائم من تلقاء نفسها لا ضمان فيها. ويشترط لذلك عدة شروط منها^(٢) :

الشرط الأول: أن تكون الجناية متعلقة بفعل إيجابي للحيوان سواء أكان بالمباشرة أم بالتسبب -كما بينا سابقاً-.

الشرط الثاني: أن تكون الجناية صادرة من تلقاء نفس الحيوان، كما لو قطعت الدابة رباطها وشردت أو فجئت أو نفخت برجلها فأضرت أحداً فلا ضمان على صاحبها. وكذلك لو قتلت هرة شخص طائر غيره فلا ضمان على أحد. أما إذا كانت جناية العجماء صادرة عن فعل إنسان: كراكب الدابة أو قائدها فداست شيئاً للغير فيضمن الراكب أو القائد؛ يعتبر مباشراً والدابة بمعاية الآلة بيده.

الشرط الثالث: أن تكون جناية العجماء واقعة بدون تعد أو تفريط من مالِكها، كما لو ربط شخصان دابتيهما في مكان معد لربط الدواب، فطاحت إحداهما الأخرى فقتلتها لا يلزم الضمان على صاحب الدابة المعتدية، لأنه وقع بدون تعد أو تفريط. أما إذا وقع الضرر بتفريط من المالك في حفظ الحيوان: كما لو امتنع صاحب الكلب العقور عن ربطه أو حبسه فآلحق الضرر بالمارة ضمن صاحب الكلب العقور.

ج- ومناط الحكم الكلي: هو عدم إمكانية صاحب الحيوان التحرز من جناية

(١) مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والإنسان لإبراهيم الديوب ص ٣٦.

(٢) البدائع للكاساني ٢٧٣/٧، والمرجع السابق.

الحيوان، فإذا كان التحرز غير ممكن وليس في مقدور الإنسان منع الحيوان؛ كانت جناية الحيوان هدراً لا ضمان على مالك الحيوان فيها لأن الجناية تنسب إلى الحيوان وهو غير مدرك فلا يؤاخذ على فعله، أما إذا كان التحرز ممكناً وفي مقدور الإنسان منع جناية الحيوان كان صاحب الدابة ضامناً لجناية دابته.

هذا إذا كان صاحب الحيوان هو الذي برفقة الحيوان، أما إذا كان برفقته غيره. كالمستأجر أو المستعير أو الغاصب أو الوكيل أو المودع، فإن الضمان يتحملة من معه وليس صاحب الحيوان؛ لأن الحيوان في حوزة من معه، فعليه تعهده وحفظه، وإذا كان الرجل معه؛ كان الفعل منسوباً إلى الرجل.

ثانياً: تطبيقات قاعدة: «جناية العجماء جبار».

من تطبيقات هذه القاعدة^(١):

١- لو أدخل شخص دابته في مزرعة غيره بإذنه لا يضمن ما تلفه الدابة هناك. لكن لو أطلقها في المزرعة بدون إذن مالك المزرعة أو رآها فيها دون أن يطلقها هو، فلم يمنعها عن الزرع ضمن صاحب الدابة، لأنه يعتبر متعدداً ومقصراً.

٢- إذا جمحت الدابة بالراكب، ولم يقدر على ردها ومنعها؛ فإنه لا يضمن ما تلفه من مال أو إنسان.

٣- لو أغرى إنسان كلباً أو أشلاه (حرضه على رجل) ففقر رجلاً ضمن المغربي للكلب سواء أكان الإتلاف فور الإشلاء أم بعدئذ؛ لأنه بإغرائه يصير الكلب آلة في يد المغربي.

(١) نظرية الضمان للرحبلي ص ٢٣٠، شرح مجلة الأحكام العدلية للقاضي ١٥٧/١، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٣٨٩.

المبحث الثالث

فقه قواعد كلية خاصة بالحلال والحرام

الحلال في اللغة: مأخوذ من الحل يقال: حلَّ الشيء يحل حلاً خلاف حرم فهو حلال وحلٌّ، ويتعدى بالهزمة والتضعيف، فيقال أحلته وحللته ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَكَلُ اللَّهِ تَبَيَّنَ وَحَرَّمَ الْبَيِّنَاتِ﴾ [البقرة: ٢٧٥] أي إباحة. وأصله في اللغة فتح الشيء، ومنه الحلال ضد الحرام، فهو من حللت الشيء إذا أبحت وأوسعت لأمر فيه^(١). والحلال في الاصطلاح: «كل شيء لا يعاقب عليه باستعماله» أو «ما أطلق الشرع فعله»^(٢) وبعبارة أخرى: «هو المباح الذي أذن الشرع في فعله ولم يرد أمر بحظره»^(٣) أو ما ليس ممنوعاً منعاً باتاً بدليل شرعي. فهو أعم من المباح.

والحرام في اللغة: مأخوذ من حرم الشيء (بالضم) حرماً أي امتنع فعله وزاد ابن القوطية حرمة (بالضم) وحرمة (بالكسر) ويقال: حرمت الصلاة حراماً، وحرماً امتنع فعلها، وحرمت الشيء تحريماً. والممنوع يسمى حراماً تسمية بالمصدر. وأصله في اللغة يدل على المنع والتشديد^(٤).

والحرام في الاصطلاح: «الأمر الذي نهى الشارع عن فعله نهياً جازماً، بحيث يتعرض للنهي لعقوبة الله في الآخرة، وقد يتعرض لعقوبة شرعية أيضاً في الدنيا»^(٥) ومن ثم فالحلال والحرام متقابلان على ما تفصح عنه نصوص القرآن والسنة كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا كَتَبَ اللَّهُ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ يُفْتَرُوا

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٠/٢، المصباح المنير للفيومي ٢٠٢.

(٢) التعريفات للرجزاني ص ١٢٤.

(٣) سمات الحلال والحرام للشيخ جاد الحق على جاد الحق ص ٣.

(٤) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٠/٢، المصباح المنير للفيومي ص ١٨٠.

(٥) الحلال والحرام للقرضاوي ص ١٥.

عَلَى اللَّهِ الْكَذِبُ» [النحل: ١١٦]، وقوله ﷺ: «هذان حل لنساء أمتي محرم على ذكورهم»^(١) وقد أخذ هذا الموضوع حيزاً كبيراً من كتب الفقه واهتمام الفقهاء، ولكنهم ما تعرضوا له مستقلاً، بهذا العنوان أو نحوه إلا أن الإمام أباً حامد الغزالي (٥٠٥هـ) قد تعرض له في كتابه الشهير: «إحياء علوم الدين» سماه ربع العبادات، كتاب الحلال والحرام، وخصه شيخ الإسلام ابن تيمية برسالة لطيفة بين فيها أصول الحلال والحرام في المعاملات المالية. وفيما يلي بيان لفقه بعد القواعد المتعلقة بهذا الباب.

المطلب الأول: فقه قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»:

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي تتعلق بالمرجحات التي يفرع إليها عند تعارض دليلين: أحدهما يفيد الإباحة والآخر يفيد التحريم. فيقدم الدليل يفيد التحريم على الذي يفيد الإباحة. وفيما يلي بيان لمعنى القاعدة وتأصيلها وتطبيقاتها.

أولاً: معنى القاعدة وتأصيلها:

إذا تعارض في المسألة وجهان: وجه إباحة، ووجه تحريم. إما في أصل مأخذ المسألة من الشريعة: كحديثين متعارضين أو قياسين متخالفين. وإما في تطبيق صورة الحادثة بما تقرر في الشريعة من حكمي الإباحة والتحريم، فيقدم الترك على الفعل والأخذ بما لا اشتباه فيه مما فيه اشتباه، كما يقدم التحريم على الكراهة إذا دارت المفسدة بين الكراهة والتحريم فالاحتياط حملها على التحريم؛ لأن اجتناب المحرم أفضل من اجتناب المكروه، كما أن فعل الواجب أفضل من فعل المندوب. ولأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات^(٢)، ومما يؤيد هذه القاعدة:

(١) سنن الترمذي، كتاب اللباس، باب (١)، ٢١٧/٤. وقال: حسن صحيح.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأئمة للزم بن عبد السلام ١٩/٢، حجة الله البالغة للدعلوي ١٠٢/٣.

١- قوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى الشبهات، فقد استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام: كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه. ألا وإن لكل ملك حمى إلا إن حمى الله محارمه»^(١).

فالمشبهات: جمع مشبه وهو كل ما ليس بواضح الحل والحرمة مما تنازعت الأدلة وتجاوزته المعاني، فبعضها يعضده دليل الحرام، وبعضها يعضده دليل الحلال^(٢). ففي هذه الحالة يصر إلى الاحتياط، وهو تغليب جانب الحرمة باجتنابها.

٢- وقوله ﷺ: «لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يلج ما لا بأس به حذراً مما به البأس»^(٣).

٣- وقوله ﷺ: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(٤).

ثانياً: تحليل القاعدة.

تكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم الكلي ومناط الأحكام.

١- موضوع القاعدة.

إن موضوع هذه القاعدة هو اجتماع الحلال والحرام في الشيء بحيث يشبه الأمر، ويعسر ترجيح أحدهما على الآخر.

فالاشتباه: هو الالتباس في أمر من الأمور وعدم انضاحه: كعدم يقين كون الشيء حلالاً أو حراماً^(٥).

وينقسم الاشتباه - من حيث الأصل - إلى قسمين:

القسم الأول: الاشتباه الحقيقي (المتشابه) وهو: «ما خفي بنفس اللفظ، ولا يرجى دركه أصلاً»^(١)، أو ما لا سبيل إلى فهم معناه، ولا نصب لنا دليل على المراد منه، فإذا نظر المجتهد في أصول الشريعة وتقصاها، وجمع أطرافها لم يجد ما يحكم له معناه، ولا ما يدل على مقصوده ومغزاه ولا شك في أنه قليل لا كثير، ولا يكون إلا فيما لا يتعلق به تكليف سوى مجرد الإيمان به أي أنه لا يتعلق به تكليف بمعناه المراد عند الله تعالى، وقد يتعلق به التكليف من حيث هو مجمل، وذلك بأن يؤمن أنه من عند الله تعالى^(٢). ومن أمثله الحروف المقطعة في أوائل السور القرآنية، قال تعالى في المتشابهة: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخَرُ مُتَشَابِهَاتٌ فَأَمَّا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ زَيْغٌ فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ الْفِتْنَةِ وَابْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَحْكُمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالْغَايِبُونَ فِي أَلْيَامٍ يَقُولُونَ أَمْثَلُهُمْ كُلٌّ مِنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ﴾ [آل عمران: ١٧].

والقسم الثاني: الاشتباه الإضافي أو النسبي، وهو ما يكون متشابهاً عند بعض الناس، ولا يكون متشابهاً عند آخرين. فالاشتباه فيه ليس ملازماً له كالتشابه الحقيقي، وإنما هو من الأمور النسبية. قال ابن القيم: «كون المسألة شكية أو ظنية أو قطعية ليس وصفاً ثابتاً لها، بل هو أمر يعرض لها عند إضافتها إلى حكم المكلف، وقد تكون شكية عنده وربما تكون ظنية لغيره أولاً في وقت آخر، وتكون قطعية عند آخرين»^(٣). وهذا القسم هو موضوع القاعدة، وأما القسم الأول فهو خارج عن موضوعها كما قال الشاطبي: «الاشتباه الإضافي ليس بداخل في صريح الآية»^(٤).

وترجع أسباب الاشتباه الإضافي إلى الأمور التالية:

- (١) التعريفات للرجزاني ص ٢٥٣.
- (٢) الموافقات للشاطبي ٩١/٣، ٣٤٤، أحكام الاشتباه للبدي ص ١٩.
- (٣) بدائع الفوائد لابن القيم ٢٧١/٣.
- (٤) الموافقات للشاطبي ٩١/٣.

- (١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٢)، ٤/٣.
- (٢) فتح المبين شرح الأربعين، لابن حجر الهيتمي ص ١١٢.
- (٣) سنن ابن ماجه، كتاب الزهد، باب (٢٤)، ١٤٠٩/٢.
- (٤) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب (٣)، ٤/٣.
- (٥) التعريفات للرجزاني ص ١٦٥.

السبب الأول: تعارض الأدلة.

إذا عرضت للمجتهد قضية فينظر في الأدلة الشرعية الواردة فيها، فقد تكون متفقة الدلالة على الحكم فيحكم بموجبها. وقد تكون مختلفة الدلالة. وفي هذه الحالة فإن التعارض يكون بين دليلين ظنيين لا قطعيين؛ لأن التعارض بين الأدلة القطعية مستحيل. كما قال الشاطبي: «إن كل من يتحقق بأصول الشريعة فأدلتها عنده لا تكاد تتعارض، كما أن من حقق مناط المسائل فلا يكاد يقف في مشابه؛ لأن الشريعة لا تعارض فيها البتة، فالمحقق بها متحقق بما في الأمر، فيلزم أن لا يكون عنده تعارض، ولذلك لا نجد البتة دليلين أجمع المسلمون على تعارضهما، بحيث وجب عليهم الوقوف، لكن لما كان أفراد المجتهدين غير معصومين من الخطأ أمكن التعارض بين الأدلة عندهم»^(١) فالتعارض بين الأدلة ظاهري وليس حقيقياً.

السبب الثاني: الاختلاف في التطبيق وإنزال الحكم على الوقائع.

إن إلحاق الوقائع بالأحكام العامة المجردة يحتاج إلى اجتهاد في تحقق مناط الحكم العام المجرد في الواقعة. وهو مما تختلف فيه وجهات النظر، ويترتب عليه اشتباه في محل الحكم. ومما يدخل في هذا السبب الاشتباه في الصفات التي تناط بها الأحكام، فبعضها يوجب التحريم، وبعضها يوجب الإباحة، ولا يستطيع الباحث أن يرحب، بل تستري الصفات المؤدية إلى التحريم والصفات المؤدية إلى الإباحة، فيقع الاشتباه في الحكم. كمن أوصى للفقهاء بألف دينار فالفقيه المتخصص يدخل فيه، والفقيه المبتدئ في تعلم الفقه لا يدخل فيه. وبينهما فقهاء على درجات متعددة فيقع الاشتباه في استحقاقهم الوصية أو عدم استحقاقهم^(٢).

السبب الثالث: اختلاف الحلال بالحرام.

الاختلاف: هو ضم الشيء إلى الشيء، وقد يكون التمييز بعد ذلك كما في خلط الحيوانات، وقد لا يمكن التمييز كخلط المائعات فيكون

مزجاً^(١). وهو ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول: اختلاط امتزاج بحيث لا يتميز بالإشارة: كاختلاط المائعات من الدم والخمر والبول وغير ذلك. وهو يتنوع إلى نوعين^(٢).

النوع الأول: أن يختلط حلال بحرام، ويظهر أثر الحرام في الحلال حرم تناول الحلال؛ لأنه يتعدى الوصول إلى الحلال إلا بتناول الحرام، كما إذا وقعت النجاسة في ماء طاهر فغيرت أحد أوصافه الثلاثة من طعم أو لون أو رائحة.

والنوع الثاني: أن يختلط حرام بحلال ويستهلك فيه دون أن يظهر له أثر في الحلال. كما إذا خلطت النجاسة الماء الذي لم يبلغ قلتين^(٣) ولم تغير النجاسة أحد أوصافه الثلاثة، فإنه لا ينجس عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وذلك لاستهلاك العين النجسة في الطاهر^(٤) ومن الأمثلة المعاصرة إضافة قطرات من الخمر إلى الطعام في بعض الفنادق الكبيرة، وإضافة الأنفحة النجسة إلى اللبن بقصد تصنيع الأجبان، وإضافة جوزة الطيب إلى الطعام وغير ذلك^(٥). فهذه مما يحرم على المسلم إضافتها؛ لأنها توقع كثيراً من المسلمين في حرج شديد في تناولها؛ لأن بعض فقهاء المالكية أفنى بعدم جواز تناول تلك الأطعمة المختلطة بما هو محرم.

القسم الثاني: اختلاط استيهام: بحيث يمكن تمييز الأعيان عن بعضها، لكن لا يستطيع أن يحدد العين المحرمة من غير المحرمة. ويندرج تحت هذا القسم ثلاث صور^(٦):

- (١) المصباح المنير للفيومي ص ٢٤٢.
- (٢) إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٣/٢.
- (٣) القلة: (٢٥٠) رطلاً بحدادياً وهي تعادل (٨٠) لتراً من الماء.
- (٤) بدائع الفوائد لابن القيم ٢٥٨/٣.
- (٥) أحكام الاشتباه للبديوي ص ١٠٥.
- (٦) إحياء علوم الدين للغزالي ١٠٣/٢.

(١) الموافقات للشاطبي ٩١/٣.

(٢) إحياء علوم الدين للغزالي ١١٨/٢.

الصورة الأولى: أن تستهيم العين المحرمة المحصورة بعدد محصور من الحلال: كما لو اختلطت شاة ميتة بشاة مذكاة أو بعشر شياه مذكيات أو اختلطت رضية محرمة على شخص يريد الزواج؛ بعشرة نسوة. فهذه شبهة يجب اجتنابها، لأنه إذا اختلطت المحرمة بعدد محصور صارت الجملة كالشيء الواحد فتقابل فيه يقين التحريم والتحليل فضعف جانب الاستصحاب وجانب الحظر أغلب في نظر الشارع. وإذا أقدم المكلف على إحدى تلك الأعيان كان ترجيحاً بلا مرجح. وكذلك إذا اختلط حلال محصور بحرام غير محصور فثبتت الحرمة أيضاً.

الصورة الثانية: أن تستهيم العين المحرمة المحصورة بخلال غير محصور: كما إذا اختلطت أخت له من الرضاغة بنسوة بلد كبير، فلا يلزم بهذا اجتناب نكاح نساء أهل البلد، بل له أن يتكح من شاء منهن.

الصورة الثالثة: أن تستهيم العين المحرمة غير المحصورة بخلال غير محصور. ومثل الغزالي لذلك بالأموال في زمانه. فلا يحرم بهذا الاختلاط تناول شيء بعينه إلا أن يقتصر بتلك العين علامة تدل على أنه من الحرام.

٢- حكم القاعدة الكلية: حكم قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» هو تغليب جانب الحرام على الحلال، وبناء الحكم الشرعي على الحرام، وذلك باجتنابه احتياطاً. ويشترط لإعمال هذه القاعدة عدة شروط وهي^(١):

أ- أن يعجز عن إزالة الاشتباه في المسألة، فعلى المسلم بذل ما في وسعه لإزالة ذلك الاشتباه، فإن كان عالماً اجتهد في إزالته في إطار قواعد أصول الفقه. وإن كان عامياً سأل أهل العلم، ولا يجوز له سلوك سبيل الاستباحة من غير تقليد لأحد المجتهدين، كما لا يجوز للمجتهد أن يسلك سبيل استباحة من غير اجتهاد.

ب- أن ينسأوى الحل والحرمة، أما إذا ترجح أحدهما على الآخر فيغلب جانب الراجح

ج- أن يكون الحلال متعلقاً بالمباحات وليس بالواجبات أما إذا تعلق الحلال بالواجبات: كان يختلط واجب بمحرم يغلب الواجب على المحرم: كما إذا اختلطت جثث موتى المسلمين بجثث الكفار وجب غسل الجميع والصلاة عليهم. وكذلك إذا اختلط الشهداء بغيرهم غسل الجميع وصلى الإمام عليهم.

٣- مناهج الحكم.

مناهج الحكم الكلية لقاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام» هو استبراء المسلم لدينه وعرضه كما جاء في الحديث. فالأمر الذي يجب اجتنابه هو ما يستلزم ارتكاب المحرم فقط.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة^(١):

١- ما روي البخاري عن ابن عباس وجهد محمد بن جحش رضي الله عنهم عن النبي ﷺ قال «إن الفخذ عورة»^(٢) وقال أنس: «حَسَرَ النبي ﷺ عن فخذ» قال البخاري تعليقاً على هذين الحديثين: «حديث أنس أسند، وحديث جرهد أحوط حتى يخرج من اختلافهم»^(٣).

٢- يحرم على المسلم أكل الذبيحة التي ذكاهها مسلم ومجوسي معاً.

٣- يحرم على المسلم قطع الشجرة التي هي بين الحل والحرم.

٤- يحرم على المسلم نكاح من التيس أمرها أي محرمة أم أجنبية.

٥- يجب على الخنثى المشكل أن يستتر في الصلاة كالنساء احتياطاً لتحصيل مصلحة السترة.

(١) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأئمة للعلامة ابن عبد السلام ١٩/٢، المتثور في القواعد للزركشي ١٣٠/١.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الصلاة، باب (١٢)، ٩٧/١.

(٣) المرجع السابق.

(١) شرح السنة للبغوي ١٦/٨، المتثور للزركشي ١٣٢/١.

٦- إذا اختلط درهم حلال بدهرم حرام وجب اجتنابهما دفعا لمفسدة الحرام.

٧- لا يقتدي الرجل بالخنثي ولا الخنثى بالخنثى دفعا لمفسدة اقتداء الذكور بالإناث.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»

هذه القاعدة تتعلق بالحلال والحرام، لأنها تمنع من الاقتراب من الحرام بالأخذ والإعطاء والإعانة عليه. فإذا كان أخذ الشيء حراما ممنوعا على الناس فإعطاؤه حرام ممنوع أيضا. أي أن الحرمة على كل من الأخذ والمعطي فهو ممنوع عليهما، لذلك يترتب العقاب على المعطي كما يترتب على الأخذ، وقد يترتب على المعطي الضمان أيضا كما يترتب على الأخذ. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَسَاوُوا عَلَى الْيَرِّ وَالْقَوَىٰ وَلَا تَسَاوُوا عَلَى الْيَرِّ وَالْقَوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ولأن المعطي الذي يعين الفاعل على فعل الحرام يعد شريكا له. كما يؤيد ذلك قوله ﷺ: «لن الله أكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه، وهم في الإثم سواء»^(١) وقد لعن رسول الله ﷺ: «الراشي والمرثسي»^(٢). ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٣): يحرم إعطاء الربا كما يحرم أخذه، ويحرم إعطاء الرشوة كما يحرم أخذها، ولا تملك بالقبض ويجب ردها ولو كانت بغير طلب المرثسي، كما يحرم إعطاء حلوان الكاهن، ودفع الأجرة للمغني والزمار والنائحة والواشمة، والواشرة بين الأسنان، ويحرم على الصيدلي إعطاء السم للمريض بدون وصفة الطبيب، وعليه العقاب.

ويستثنى من ذلك ما إذا كان الإعطاء لضرورة أو حاجة^(٤): مثل ما يدفعه المستقرض بالربا إذا كان مضطراً أو محتاجاً، وما يدفع للشاعر أو الصحفي من مال للتخلص من شره وآذاه؛ وما يدفعه الوصي من بعض مال اليتيم لتخليص الباقي، وما يدفعه الإنسان

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، رقم (١٠٦)، ١٢١٩/٣.

(٢) سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب (٩)، ٦٢٢/٣. وقال: حسن صحيح.

(٣) شرح مجلة الأحكام للقاظمي، ٩٣/١؛ شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٩/١؛ شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ١٦١.

(٤) المراجع السابقة.

لتسوية أمره عند السلطان أو الأمير. فإنه في جميع الأمثلة السابقة يحرم على الأخذ دون المعطي.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن».

هذه القاعدة تمنع التصرف في ملك الغير بغير إذنه وإذن الشرع، ولذلك رأى الشيخ مصطفى الزرقاء التعبير بعبارة: «بلا إذن» لتشمل إذن صاحب الملك وإذن الشرع^(١). وإذن العرف. ويرى الشيخ علي الندوي ضرورة إضافة لفظ: «بولاية» حتى تكون القاعدة أكثر جمعاً، ويقل عدد المستثنيات^(٢).

أولاً: معنى القاعدة:

الإذن في اللغة: اسم من أذنت له في كذا: أطلقت له فعله^(٣).

والتصرف لغة التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب. يقال: صرف الشيء، إذا أعمله في غير وجهه وكأنه يصرفه عن وجهه إلى وجه آخر ومنه التصرف في الأمور^(٤). والتصرف في الاصطلاح: «ما يصدر عن الإنسان بإرادته، ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة» وبهذا المعنى يكون التصرف أعم من الالتزام، إذ من التصرف ما ليس فيه التزام^(٥). والتصرف في ملك الغير نوعان: فعلي وقولي.

فانواع الأول: التصرف الفعلي، فإن كان تقدمه إذن سابق يحل ويصح؛ لأن الإذن السابق توكيل^(٦). وإلا فلا يخلو عن أن يكون غصباً بوضع اليد فقط، أو تصرفاً بإحداث

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٣٨.

(٢) القواعد الفقهية لعلي الندوي ص ١٢٣.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص ١٣.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ٤٦٢.

(٥) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٤٥٦/١.

(٦) مجلة الأحكام العدلية مادة (١٤٥٢).

ذي أثر أو إتلافاً، فإن كان غصباً فهو محظور يوجب رد العين ومضمون بالتلف إلا إذا لحقته إجازة المالك وكانت العين المغصوبة قائمة، فإنها بالإجازة تنقلب أمانة.

وإن كان التصرف بإحداث فعل ذي أثر في العين الحافر في ملك الغير بلا إذنه فليس للمالك أن يجبر الحافر على الظم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، بل بضمنه نقصان، بخلاف الحفر في الطريق العام، فإن الحافر فيه يجبر على الظم اتفاقاً. ثم إذا نشأ عن حفر هذا ضرر: كما إذا وقع حيوان في الحفرة فتلثف بضمنه الحافر؛ لأنه متسبب متعد.

وإن كان إتلافاً فهو مضمون بكل حال سواء أجاز المالك أولاً، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف.

والنوع الثاني: التصرف القولي في ملك الغير: كبيع الفضولي وهبته وإجارته وغيرها وهو إما أن يكون قولياً محضاً، أو أن يكون قولياً يعقبه فعل كالإسليم. فإن كان قولياً محضاً لم يعقبه تسليم فهو موقوف على إجازة المالك بشرطها لزم. وشرطها بقاء المالك، وبقاء العين المتصرف فيها، وبقاء المتعاقدين ويزاد في البيع: قيام الثمن لو غير نقد. ويزاد في الإجازة: بقاء المدة. وأما إذا كان التصرف قولياً يعقبه فعل كالإسليم كان المتصرف غاصباً بالتسليم وضامناً وعقده موقوف، فإذا لحقته إجازة المالك بشرطها لزم العقد^(١).

والمعنى الإجمالي للقاعدة:

ليس لأحد حق التصرف في ملك غيره إلا إذا أذن له المالك، وكذلك إذا كان له ولاية عليه، لأن الولي قائم مقام المولى عليه^(٢).

ثانياً: تطبيقات القاعدة ومستثباتها:

١- من تطبيقات هذه القاعدة^(٣):

أ- لا يجوز أن تبيع الأم مال ولدها الصغير لتفقتها، إذ لا ولاية لها في التصرف حال الصغر، ولا في الحفظ بعد الكبر.

ب- لا يجوز المشي في بستان الغير ولا السكن فيه حتى لا يجوز إجابة دعوة من سكن في بستان مغصوب ولا عيادته.

ج- لا يجوز لأحد أن يستخدم جدار الغير بأن يضع عليه سقف بيته بلا إذن من جاره، وإذا فعل ذلك كان لجاره حق طلب رفع ذلك.

د- لا يجوز لمن ليس له حق المرور في طريق خاص أن يفتح باباً على ذلك الطريق بلا إذن مالكة، فإن فعل كان لصاحب الطريق طلب سد الباب.

٢- ويستثنى من هذه القاعدة بعض الفروع^(٤):

أ- يجوز للولد والوالد شراء ما يحتاج إليه الأب أو الابن المريض بلا إذنه للضرورة ولا يجوز في غير الدواء كالمتاع أو الأثاث.

ب- يجوز لمن سقط ثوبه في حوش غيره، وخاف أن يخفيه الغير أن يدخل لأخذه، ولو بدون إذن صاحب الحوش للضرورة.

ج- يجوز للرفقة في السفر إذا مات أحدهم أو مرض أو أغرم عليه أن ينفقوا عليه من ماله، كما يجوز لهم أن يبيعوا ما معه من ثياب وأمتعه لتجهيزه إذا مات، ورد ما بقي من أموال إلى الورثة. ووجه الاستثناء الضرورة.

ثالثاً: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة:

تتعلق بقاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بغير إذنه» عدة قواعد منها:

١- قاعدة: «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»:

الأمر في اللغة: الطلب وجمعه أوامر^(٥). وفي الاصطلاح: «قول القائل لمن دونه:

(١) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ٣٩٤.

(٢) شرح مجلة الأحكام للقاظمي ١/١٦٠.

(٣) الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية للإسلامي للبرونو ص ٣٩٠، شرح مجلة للقاظمي ١/١٦١، درر الحكام لملي حيدر ٨٥/١.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ٣٩٥.

(٥) المصباح المنير للقيومي ص ٢٩.

افعل^(١) والباطل لغة: من بطل الشيء يبطل بطلاً وبطولاً فسد أو سقط حكمه فهو باطل^(٢).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا أمر أحد غيره بأن يتصرف في ملك شخص آخر فلا عبرة بهذا الأمر، فإذا تصرف المأمور وكان عاقلاً بالغاً، ولم يكن الأمر مجبراً للمأمور، وترتب على تصرفه شيء فالتيعة على المأمور لا على الأمر.

ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٣): إذا أمر أحد آخر بأن يحرق مال غيره فأحرقه فالضمان على المأمور؛ لأن أمر هذا الأمر لا عبرة به. ومنها: لو قال الدائن لمدينه عندما أراد أن يسلمه الدين: إرمه في البحر فرماه، فلا عبرة بهذا الأمر ويبقى الدين بحاله في ذمة المدين؛ لأن المال الذي بيد المدين ملكه قبل أن يقبضه الدائن. ومنها: إذا قال المودع للوديع: إذا مت فادفع هذه الوديعة لابني فلان ففعل وكان للميت المودع وارث آخر فإن الوديع يضمن؛ لأن الوديعة بعد موت المودع تصبح ملكاً للورثة جميعاً فأمره بالدفع إلى أحدهم باطل.

والحاصل أنه يشترط لإعمال القاعدة ثلاثة شروط وهي^(٤):

أ- أن يكون التنفيذ في ملك الغير، أما إذا كان التنفيذ في ملك الأمر فلا ضمان على المأمور؛ لأنه إذن بالاتلاف.

ب- أن لا تكون للآخر ولاية ما على المال، كما لو أعار أحد الشركاء المال المشترك بدون إذن شركائه وأمر أحداً أن يسلم العارية إلى المستعير فامثل المأمور فالضمان على الشريك لا على المأمور فيما لو هلكت العارية.

ج- أن لا يكون الأمر مجبراً للمأمور على التنفيذ، وإلا كان الأمر ضامناً.

٢- قاعدة: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي^(١):

أسباب التملك الشرعية أربعة وهي: إحرار المباحات، والعقود، والخلفية، والتولد من المملوك^(٢).

فإحرار المباحات: كحيازة الماء في المنابع، والكلأ في الثمبات والأشجار في البراري وصيد البر والبحر. ويشترط لذلك أن لا يكون قد سبق إلى إحرار المباح شخص سابق، فلو جمع إنسان ماء البحر في إناء فليس لغيره أن يأخذه، كما يشترط قصد التملك، فإذا حصل المباح في حوزة إنسان دون قصد منه لتملكه لا يملكه كمن نشر شبكته للتجفيف فوق فيها صيد لا يملكه.

وأما العقود فهي: البيع والإجارة والهبة والكفالة والنكاح والخلع والوقف وغير ذلك. وأما الخليفة (بفتح الحين) مع تشديد الباء) فهي حلول شخص محل شخص: كالإرث، وحلول شيء عن شيء كالتضمن أو التعويض.

وأما التولد عن المملوك فهو لصاحبه عملاً بقاعدة: «ما يتولد أو ينشأ عن المملوك مملوك»^(٣). فمالك الأصل هو أولى بفرعه من سواه، سواء في ذلك ما ينتج من تسبب مالك الأصل وعمله، وما يحصل بطبيعته دون عمل مالك الأصل فثمرة الشجر وولد الحيوان وصوف الغنم ولبنها كلها مملوكة لصاحب الأصل.

أما ما عدا تلك الأسباب فيمنع التملك عن طريقها كالتملك عن طريق الظلم والاستغلال، كما في تحريم الربا والاحتكار والقمار والغصب والسرقة، والتملك عن طريق الغش والخداع في السلع، كإخفاء عيوب السلعة واصطناع الصفة الكاذبة فيها والتملك عن طريق إلحاق الضرر بالغير كالاتجار مع العدو والاتجار بالخنزير

(١) التعريفات للجراني ص ٥٣.

(٢) المصباح المنير للقيومي ص ٧٢.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، ٨٤/١، شرح المجلة للقاضي ١٥٨/١.

(٤) المرجعان السابقان.

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٩٧).

(٢) المدخل الفقهي للزرقاء ٢٤٢/١.

(٣) المرجع السابق ٢٥٢/١.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: ليس لأحد أن يأخذ مال غيره بسبب غير مشروع كالغصب والسرقة والرشوة سواء أكان الأخذ جاداً أم هازلاً أم ناسياً؛ لأن حقوق الناس محترمة والنسيان والهزل لا يكون عذراً في حقوق العباد كما بينا في قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»، فإذا أخذ أحد مال غيره بوجه من الوجوه غير المشروعة وجب عليه رده إليه، وإذا هلك قبل رده إليه لزمه الضمان^(٢).

ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٣): إذا غصب أحد مال شخص وجب عليه رده بعينه فإن هلك قبل الرد لزمه الضمان. ومنها: إذا أخذ شخص مال غيره هازلاً وجب عليه أن يرده إليه وإذا هلك قبل الرد لزمه الضمان. ومنها: إذا صالح أحد آخر عن دعوى ثم ظهر بعد ذلك أنه ليس له أي حق في الدعوى التي أقامها كان له أن يسترد بدل الصلح. ومثال ذلك: ادعى المشتري وجوب عيب في السلعة التي اشتراها، وأنكر المدعى عليه (البائع) وجود العيب قبل البيع، ثم صالح المشتري البائع على أن يبرئه من العيب المذكور على مبلغ مائة دينار ثم ظهر أن ليس في المبيع عيب أو كان العيب جديداً بعد عقد البيع فإن للبائع أن يسترد المائة دينار. ومنها: أن التقادم (مرور الزمن) يمنع فقط سماع الدعوى بالحق أو بالعين أمام القضاء فلا تسمع الدعوى بالحق الذي مرَّ عليه زمن معين تجنباً لعرائيل الإثبات ومشكلاته بعد التقادم وللشك في الحق الذي تقادم عليه الزمن دون مطالبة له، ولكن أصل الحق لا يسقط بالتقادم ولا يجوز لمن كان تحت يده أن يملكه، بل عليه رده في حكم الديانة، لأن التقادم ليس سبباً مملوكاً من أسباب الملكية، وإنما هو حاجز قضائي^(٤).

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي ٣٦/٢.

(٢) شرح المجلة للقاضي ١٦١/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المدخل الفقهي للزرقاء ٢٤٣/١، ١٠٤١/٢.

المبحث الرابع

فقه قواعد كلية خاصة بالقضاء وطرق الإثبات

القضاء لغة: الحكم والأداء^(١) وفي الاصطلاح: «الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام»^(٢) وهو فريضة محكمة وسنة متبعة لا يستغنى عنها مجتمع من المجتمعات الإنسانية. وقد تضمن نظام القضاء في الإسلام عدة قواعد كلية تعين الدراسين على إيجاد تصور عام عن هذا النظام. ومن هذه القواعد:

المطلب الأول: فقه قاعدة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

هذه القاعدة من القواعد المهمة التي يركز عليها القضاء، فلو لم تكن هذه القاعدة موجودة لوقع القضاء في حرج شديد واستعصى عليهم حسم النزاع بين الناس، ولكي ندرك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقة القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليل عناصرها.

١ - معنى القاعدة:

البينة لغة: من بان يبين بيناً إذا اتضح الأمر وانكشف^(٣).

والبينة في الاصطلاح: اسم لما يبين الحق ويظهره. وقيل تطلق على الشهادة. فتارة تكون بأربعة شهود، وتارة ثلاثة بالنص في بيعة المفلس، وتارة تكون شاهدين وشاهداً

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٢٩٦.

(٢) شرح منح الجليل لمليش ١٣٦/٤.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٢٧/١، المصباح المنير للفيومي ص ٩٧.

واحداً وامرأة واحدة وغير ذلك^(١)، والأولى التعميم.

والمدعي لغة: من ادعى الحق على غيره إذا طلبه لنفسه^(٢).

والمدعي في الاصطلاح: «هو الذي تجرد قوله عن أصل معهود عرفاً يصدقه حين دعواه» فلذا طلبت منه البينة لتصديقه. والمدعي عليه من ترجح قوله بأصل أو معهود^(٣) وقال الجرجاني: «المدعي من لا يجبر على الخصومة والمدعي عليه من يجبر عليها»^(٤).

واليمين في اللغة: من يمين، وهي لفظ مشترك يطلق على عدة معان منها: اليد اليمنى، والجهة اليمنى، والبركة، والقوة، والقسم والحلف، وكلها ترجع إلى أصل واحد، وهو اليد اليمنى، فالحلف يرجع إليها لأن العرب في الجاهلية كانوا إذا تحالفوا أخذ كل واحد بيد صاحبه اليمنى فسمي الحلف يميناً لذلك، أو لأن الحالف يتقوى بقسمه لأن اليد اليمنى أقوى من اليد اليسرى^(٥).

واليمين في الاصطلاح: «تقوية أحد طرفي الخبر بذكر الله تعالى أو التعليق^(٦) وعرفه البجلي: بأنه: «توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص»^(٧).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن المدعي إذا ادعى حقاً له على غيره يكلف لإثبات دعواه بإقامة البينة إذا كان المدعي عليه منكراً للدعوى، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة فإن المدعي عليه توجه إليه اليمين.

٢- تأصيل القاعدة:

تستند هذه القاعدة إلى عدة أدلة وهي:

أ- ما روي عن النبي ﷺ: قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على من أنكر»^(١).

فهو واضح الدلالة في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر وعجز المدعي عن إقامة البينة. والحكمة في ذلك أن جانب المدعي ضعيف لأنه يقول بخلاف الظاهر، فكلف الحجة القوية، وهي البينة لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً ولا تدفع عنها ضرراً، فيقوى بها ضعف المدعي. وأما جانب المدعى عليه فهو قوي، لأن الأصل فراغ ذمته فافتنى فيه باليمين، وهي حجة ضعيفة، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويدفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة^(٢).

ب- وقال ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٣).

ج- وعن ابن عباس: «أن النبي ﷺ: قضى باليمين على المدعى عليه»^(٤).

د- وقال ﷺ: «شاهدك أو يمينه»^(٥).

٣- تحليل القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم الكلي ومناطه

(١) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٦٧.

(٢) المصباح المنير للقيومي ص ٢٦٥.

(٣) الشرح الصغير للدردير ١٥/٤.

(٤) التعريفات للجرجاني ص ٢٦٥.

(٥) معجم مقاييس اللغة لأبن فارس ١٥٨/٦، المصباح المنير للقيومي، ص ٩٣٩.

(٦) التعريفات للجرجاني ص ٣٣٢.

(٧) المطالع على أبواب المفتع للبجلي ١٦٥.

(١) صحيح مسلم، كتاب الأفضية، رقم (١)، ١٣٣٦/٣.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٣٤٤/٨.

(٣) رواه البيهقي بإسناد صحيح (نيل الأوطار ٣٤٤/٨).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢٠)، ١٥٩/٣، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، رقم (٢).

(٥) ١٣٣٦/٣.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢٣)، ١٦٠/٣.

الدعوى لغة: الطلب. وفي الاصطلاح: «قول يطلب به الإنسان إثبات حق على غيره»^(١)، ولابد أن يكون الغير منكرًا للحق المدعى أو مقرأً به لكنه ممتنع. أما إذا كان غير ذلك فلا فائدة في الدعوى. ولهذا عرفها بعضهم بأنها: «مطالبة بحق لازم حال عند قاض على منكر أو مقر ممتنع بشروط»^(٢). ويشترط في الدعوى عدة شروط وهي^(٣):

الشرط الأول: أن لا يسبق من المدعى ما يناقض دعواه: كما لو ادعى شخص ملكية دار بعد إقراره أنه استأجرها.

الشرط الثاني: أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت، ولذا لا يصح ادعاء ما هو مستحيل في الحس أو العقل أو العادة.

مثل إدعاءه الجبل ذهباً، ومثال المستحيل عقلاً، أن يدعى شخص عمره في الثلاثين أن يزيدا البالغ من العمر أربعين سنة ابنه. ومثال المستحيل عادة أن يدعى فقير معروف بالفقر أنه له على فلان مليون دينار.

الشرط الثالث: أن يكون المدعى به معلوماً، يفصل المدعي ما يدعيه فيقول في دعوى القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأ.

الشرط الرابع: أن تكون الدعوى ملزمة بشيء على الخصم وإلا كانت عبثاً كما لو ادعى شخص التوكيل عن موكله الحاضر. فهذه دعوى لا يسمعها القاضي؛ لأن الوكالة عقد غير لازم فإمكان الموكل عزل وكيله.

الشرط الخامس: أن تكون الدعوى في مجلس القضاء، فلا يلزم المدعى عليه بالجواب إذا كانت في غير مجلس القضاء.

الشرط السادس: أن يكون المدعى عليه معينا في الدعوى.

الشرط السابع: أن تكون الدعوى محقة، فلا تصح الدعوى إذا قال المدعي أظن أن لي عليه ألف دينار.

حكم القاعدة الكلية:

تتضمن هذه القاعدة حكماً كلياً، وهو أن عبء الإثبات يقع على كاهل المدعى، ولا يكلف المدعي عليه إقامة الحجة على ما بيده، ولكن إذا عجز المدعي عن إقامة الحجة وأثكر المدعي عليه طلب منه اليمين على إنكاره. هذا أصل عام يتبعه القاضي مع المتخصصين إذا عُرِف كل من المدعي والمدعى عليه، وإلا فيجب على كل منهما البيينة فمن أحضر بيينة حكم له بها، وإن تعارضتا وجب التحالف^(١). واستثنى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة جواز تغيير عبء الإثبات من قبل القاضي لتحقيق العدل، كما يجوز تغييره باتفاق الخصمين بأن يقيم المدعى عليه البيينة على ما في يده من حق ويحكم القاضي له بذلك وترد دعوى المدعي، ويحق للمدعى عليه أن يرد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق. كما يجوز نقل عبء الإثبات من أحدهما إلى الآخر^(٢). في حين ذهب الحنفية إلى عدم جواز مخالفة الأصل العام، فإذا اتفق الخصمان على أن يحلف المدعي ويستحق فلا يصح، وكذا إذا أراد المدعى عليه أن يقيم البيينة فلا تقبل منه؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، فلو قبلت بيينة المدعى عليه لكانت لأثبات الثابت وتأيد الظاهر، وهو تحصيل للحاصل لا فائدة منه، فلا تقبل البيينة من المدعى عليه مطلقاً^(٣).

(١) التحالف: أن يحلف كل من المدعي والمدعى عليه على نفي دعوى صاحبه وإثبات قوله ويقسم المدعى به بينهما نصفين. ذلك في كل حالة لا يعرف فيها المدعي من المدعى عليه، (البحر الرائق لابن نجيم/٢٢٠، المقدمات لابن رشد ٣١٧/٢، الهبة للتسولي ٣٧/١، المهذب للشيرازي ٣١٢/٢، كشف القناع للبهوتي، ٢٢٩/٤).

(٢) المقدمات لابن رشد ٣١٤/٢، الهبة للتسولي ٣٣/١، المهذب للشيرازي ٣٠٨/٢، كشف القناع للبهوتي ٢٢٣/٤.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٤/٧.

(١) التعريفات للرجلاني ص ١٣٩.

(٢) النظام القضائي في الفقه الإسلامي لمحمد رافت عثمان ص ١٤٧.

(٣) المرجع السابق ص ١٦٤.

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز تغيير عبء الإثبات ونقله؛ وذلك لما روي عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين^(١) ففيه انتقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي. كما يؤيد ذلك أن رسول الله ﷺ ردَّ اليمين على طالب الحق^(٢) فهو يدل على أن اليمين توجه إلى المدعي إذا نكل المدعى عليه عنه. ولأنه يصعب الوصول إلى معيار حاسم في التفريق بين المدعي والمدعى عليه.

ج- مناهج الحكم:

مناهج الحكم في هذه القاعدة: هو معرفة المدعي والمدعى عليه والتمييز بينهما، وهي في غاية الأهمية وتحتاج إلى دقة النظر وإعمال الفكر والتأمل في حقيقة القضية المعروضة على القاضي، فإذا ميز بينهما كُلف المدعي بالإثبات دون المدعى عليه. قال سعيد بن المسيب: «أيا رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما» وبعبارة أخرى: «من ميز بينهما فقد عرف وجه القضاء»^(٣).

والضابط في التمييز بينهما أن المدعي يدعي خلاف الظاهر والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر. والظاهر يعرف بعدة أمور أو مرجحات أولية ظنية وهي^(٤):

المرجح الأول: الأصل.

الأصل هو ما أدرك بالعقل والحس دون الحاجة إلى دليل. وقد بينا ذلك عند قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» ومن الأمثلة على ذلك قاعدة: «الأصل -في الدين- براءة الذمة» وقاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم».

المرجح الثاني: العرف.

العرف يولد عند الناس حالة ظاهرة مستقرة، فتكون هذه الحالة مرجحا للظاهر، كما بينا عند قاعدة: «العادة محكمة» ومن الأمثلة، على ذلك حيازة الشيء دليل على الملك، فالقول قول الحائز مع يمينه.

المرجح الثالث: الاستصحاب.

الاستصحاب: بقاء ما كامن على ما كان. وهو مرجح في الدفع وإبقاء الحال على ما كان عليه، ولا يصح حجة للاستحقاق، ولذلك فمن ثبت له حق في حالة فيحكم باستمرار هذه الحالة له، بناء على ثبوتها في وقت سابق؛ لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاؤه فهو مرجح من المرجحات التي تقوي جانب المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك. فإذا ثبت النكاح والملك والحق في حال سابقة وجب على الحكم باستصحاب الحال وبقاؤه على ما كان.

المرجح الرابع: المعهود الشرعي.

المعهود الشرعي هو أن الشارع ينص على حالات خاصة لاعتبارات معينة تتعلق بأصحابها، فيقبل قولهم ويفترض صدقهم حتى يثبت عكس ذلك. ومن هذه الحالات الأمين مصدق في قوله كالوصي والولي والوكيل والمملتقط. والزوج إذا رمى زوجته بالزنى يقبل قوله مع اليمين. وفي القسامة يرجح قول المدعين المطالبين بالدم ويطلب منهم اليمين عند جمهور الفقهاء خلافاً للحنفية ويستحقون.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

هذه القاعدة يندرج تحتها كثير من التطبيقات^(١).

١- إذا ادعى شخص على زيد ألف دينار كدين وأنكر المدعى عليه (زيد) فإذا أثبت المدعي بالبينة دعواه يحكم له بها، وإن عجز عن إقامة البينة توجه القاضي بالسؤال إلى زيد، فإن أقر بالدين حكم عليه بإقراره، وإلا توجه اليمين إليه فإن حلف ترد الدعوى.

(١) درر الحكماء شرح مجلة الأحكام لملي حيدر ١/٦٦، شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/١٣٨.

- (١) صحيح مسلم بشرح النووي ٣/١٢، سنن أبي داود ٣/١٩٩.
- (٢) رواه الحاكم في المستدرک (٤/١٠٠) وقال: صحيح الإسناد، تلخيص الحبير ٢/٤١١.
- (٣) البهجة مع شرح التنفة للسلوي ١/٢٥.
- (٤) وسائل الإثبات للزحيلي ص ٢٥٨.

٢- إذا اشترى عمرو مالا من خالد، ثم ادعى خالد على عمرو بأنه قد اشترى المال بالوكالة عن فلان وأنه أضاف العقد إلى نفسه، لذلك يطلب منه ثمن المبيع؛ لأن حقوق العقد تعود إلى العاقد، وأنكر عمرو كونه وكيلًا عن فلان زاعماً أنه رسول عن فلان فالبينة على البائع واليمين على المشتري عند عجز البائع عن البينة.

٣- إذا ادعت امرأة نفقة من زوجها، فأنكر المدعى عليه كونها زوجته فعليها إثبات الزوجية، فإذا عجزت بكلف الزوج باليمين، فإن حلف ترد الدعوى، وإن نكل يحكم عليه بالنفقة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «المرء مؤاخذ بإقراره».

هذه القاعدة تتعلق بسيد الأدلة في القضاء وهو الإقرار، لأنه الفصل في إنهاء النزاع وإعفاء المدعي من عبء الإثبات لعدم الحاجة إليه بعد إقرار المدعى عليه. ولإدراك أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقتها وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة هذه القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليل عناصرها.

١- معنى القاعدة:

الإقرار لغة: من أقر بالشئ اعترف به. وأصل الإقرار في اللغة التمكن، يقال: قر واستقر. قال ابن فارس: «ومن الباب عندنا- وهو قياس صحيح- الإقرار ضد الجحود، وذلك أنه إذا قرّ بحق أقره قراره»^(١).

والإقرار في الاصطلاح: «إخبار بحق لآخر عليه»^(٢).

والمؤاخذة: من أخذ به الشئ مؤاخذة حاسبه عليه، وأخذ به بذنبه مؤاخذة عاقبه عليه. وأخذ به بإقراره أثره إياه»^(٣).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٧/٥، المصباح المنير للفيومي ٦٨١.

(٢) التعريفات للجرجاني ص ٥٠.

(٣) المصباح المنير للفيومي ص ٩.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الشخص إذا أقر بشئ على نفسه فإنه يلزم به، ولا ينفعه بعد ذلك ادعاؤه الخطأ في الإقرار. وبعبارة أخرى: من أقر على نفسه بشئ الزمناه إياه.

٢- تأصيل القاعدة:

الأصل في هذه القاعدة القرآن والسنة والإجماع والمعقول ومن ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْلُبِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَنبَّهْ لَنَفْسِهِ إِنَّهُ لَأَرْسِلَ قُدْرًا لِيَتَذَكَّرَ أَلَّا يَكُونَ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فقد أمر الله تعالى المدين أن يملئ على الكاتب ما عليه من حق للدائن، والإملا من المدين هو إقرار واعتراف بالدين والتزام به. فلو لم يكن الإقرار حجة عليه يؤاخذ به لما كان في الإملا فائدة ولما أمر به.

ب- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أنشدك الله ألا قضيت لي بكتاب الله. فقال الآخر وهو أفقه منه: فاقض بيننا بكتاب الله وأتذّن لي فقال: قل. قال: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزني بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافنديت منه بمائة شاة ووليدة. فسألت أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلد مائة وتغريب عام. وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله ﷺ: والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله. الوليدة والغنم رد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام. وأغد يا أنيس إلى امرأة فإن اعترفت فارجمها»^(١) فهو يدل على أن الإقرار حجة على صاحبه.

ج- وروي عن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا، فقالت يا رسول الله أصبت حداً فأقمه عليّ فدعا نبي الله ﷺ ولها، فقال: أحسن إليها فإذا وضعت فاتني بها ففعل فأمر بها رسول الله ﷺ فشدت عليها ثيابها، ثم أمر بها فرجمت ثم صلى عليها»^(٢) فهو يدل على أن الإقرار حجة، وإذا كان الإقرار حجة في الحدود التي تدرا بالشبهات ففي غيرها أولى.

(١) صحيح البخاري، كتاب الصلح، باب (٥)، ١٦٧/٣.

(٢) سنن الترمذي، كتاب الحدود، باب (٩)، ٤٢/٤. وقال: حسن صحيح.

د- وقد أجمع العلماء على كون الإقرار حجة على المقر في التعامل بين الناس وأمام القضاء^(١).

هـ- ومن المعقول أن الإقرار يقاس على الشهادة بجامع أن كلا منهما إخبار بحق لآخر، فلما كانت الشهادة حجة شرعية في الإثبات مع احتمال الكذب فيها فالإقرار حجة بالأولى، لأن تهمة الكذب في الإقرار أقل منها في الشهادة؛ لأن الإنسان لا يكذب على نفسه وإن كذب على الآخرين^(٢).

٣- تحليل القاعدة:

تكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم ومناطه.

أ- فالموضوع: هو الإقرار الصادر من المرء على نفسه ويشترط فيه عدة شروط بعضها يتعلق بالمقر، وبعضها بالمقر له، وبالمقر به، وبصيغة الإقرار^(٣).

فيشترط في المقر: أن يكون بالغاً أو مميزاً للضرورة، عاقلاً (غير مجنون)، مختاراً (غير مكره)، غير متهم في إقراره: كإقرار المريض لوارثه بدين عليه، معلوماً (غير مجهول) غير محجور عليه بحيث يمنع من نفاذ التصرفات، جاداً (غير هازل).

ويشترط في المقر له: أن يكون معيناً (غير مجهول)، ذا أهلية للملك ولو بالمال كالحمل، مصداقاً لما أقر به المقر. وأن يكون مستحقاً للمقر به عقلاً وشرعاً: كمن أقر لحمل بألف دينار بسبب التعامل والإقراض فلا يقبل عقلاً.

ويشترط في المقر به: أن يكون معلوماً (غير مجهول)، وأن لا يكون ملكاً للمقر، غير محال عقلاً أو شرعاً ولا يكذب به ظاهر الحال.

ويشترط في صيغة الإقرار أن تكون جازمة (غير مفيدة للشك)، منجزة غير معلقة على المستقبل.

ب- حكم القاعدة الكلية:

الحكم الكلية للقاعدة هو إلزام المقر بإقراره، وإذا صدر أمام القاضي يلزم القاضي الحكم به لأن الإقرار إذا صدر من الإنسان فإنه يظهر به الحق والقاضي مكلف بالحكم بالحق.

ج- مناط الحكم:

مناط الحكم في قاعدة: «المرء مؤاخذ بالإقرار» أن الإنسان البالغ العاقل له ولاية على نفسه في إلزامه بما يشاء من الحقوق والالتزامات. قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ عَلَيْكُمْ نَفْسُكُمْ بَيِّنَةٌ﴾ [القيامة: ١٤]، وهو أدرك من غيره بما في ذمته من حقوق والتزامات فيؤاخذ بما يقر على نفسه.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

يتفرع على هذه القاعدة عدة تطبيقات^(١).

١- لو أقر عمرو لزيد بمبلغ ألف دينار دينا عليه، ثم ادعى الغلط والخطأ لم يقبل؛ لأن المرء مؤاخذ بإقراره. ولهذا قرر الفقهاء قاعدة: «لا يجوز الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد»^(٢).

٢- إذا قبض المؤجر الأجرة من المستأجر وبعد إقراره بقبضها ادعى أن النقود التي تسلمها مزيفة لا يقبل ادعاؤه.

٣- إذا ادعى المشتري بأن في المبيع عيباً قديماً (قبل البيع) وأقر البائع بذلك فللمشتري رد المبيع بناء على هذا الإقرار.

٤- إذا أقر الشركاء الذين اقتصموا الملك المشترك بأنهم استوفوا حقوقهم، فلا تسمع دعوى من أحدهم بالغبن الفاحش في القسمة.

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٥.

(٢) مغني المحتاج للشريبي ٢/٢٣٨، المجموع شرح المهذب ١٨/٥٢٤.

(٣) لتفصيل هذه الشروط، انظر وسائل الإثبات للزحيلي ص ٢٤٨.

(١) درر الحكام لعلي حيدر ٧٠/١، شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/١٤٣

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٧٠/١.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «البينة حجة متعددة، والإقرار حجة قاصرة»:

هذه القاعدة تتكون من شطرين. الأول: البينة حجة متعددة، والثاني: الإقرار حجة قاصرة. وفيما يلي بيان معنى كل شطر وتطبيقاته.

الشطرن الأول: «البينة حجة متعددة»:

الحجة المتعدية: هي التي لا تقتصر قوتها الإثباتية على من أقيمت عليه، بل تتجاوزها إلى غيره^(١).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن البينة إذا أقيمت على شخص كانت ملزمة له، وملزمة لغيره من الناس؛ لأن البينة برهان يكشف الواقع ويوضحه بالنسبة إلى جميع الناس، وليس خاصاً بشخص معين، فلذا كان الثابت بالبينة يحتج به على سائر الناس.

ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٢): إذا ثبت بالبينة نكاح امرأة من رجل فلا تسمع من أحد في العالم بعد ذلك الدعوى على خلاف ذلك. ومنها: إذا أقام من له دين في ذمة شخص متوفى الدعوى على أحد ورثته إضافة إلى التركة، وثبت ذلك بالبينة فإن الحكم يسري على بقية الورثة كما يسري على المدعي عليه. ومنها: إذا اشترى شخص من آخر سيارة بألف دينار، ثم ادعى شخص ثالث أن السيارة له أو مستحقة له وأقام بينة على ذلك فإن الحكم يسري على البائع كما يسري على المشتري. فبإخذها صاحبها من المشتري، ومن ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن، وليس له أن يمتنع عن إعادة الثمن بدعى أن الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لعدم حضوره الخصومة.

الشطرن الثاني: «الإقرار حجة قاصرة»:

الحجة القاصرة: هي التي تقتصر قوتها الإثباتية على من أقر على نفسه، ولا تتجاوزها إلى غيره.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن الإقرار حجته قاصرة على المقر وحده؛ لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه فله أن يلزمه نفسه، بما يشاء وليس له سلطة على إلزام غيره، ولأنه من المحتمل أن يكون المقر كاذباً في إقراره ومتواطئاً مع المقر له لإضاعة حق شخص ثالث. فلا يسري إقراره على الغير^(١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٢): إذا ادعى شخص أن له ألف دينار على شخص متوفى، ولم تثبت الدعوى بالبينة، بل بإقرار أحد الورثة الذي اتخذ المدعي خصماً فإن الحكم الذي يصدر بموجب الإقرار يختص بما يصيب حصة المقر من الدين إضافة إلى التركة.

ومنها: في بيع السيارة المستحقة للمعير إذا لم يثبت المدعي دعواه بالبينة، بل بإقرار المشتري فإن للبائع أن يمتنع عن إعادة الثمن؛ لأن الحكم بالاستحقاق لا يسري عليه لثبوته بالإقرار.

ويستثنى من هذه القاعدة: أن الفتاة البكر البالغة إذا أقر أبوها أو جدّها عند عدم وجود الأب بقبض مهرها حين تزويجها فإن إقراره يسري عليها، ويثبت به القبض إن أنكرته هي فيما بعد. وذلك لأن للأب قبض مهر ابنته البالغة بحسب العرف والعادة، وإن من ملك حق القبض ملك الإقرار به^(٣).

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٧٣.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٦٨، وشرح المجلة للقاضي ١/ ١٤٢.

(٣) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٧٦.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/ ١٠٧٣.

(٢) شرح مجلة الأحكام للقاضي ١/ ١٤٢، درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٦٨.

١- معنى القاعدة:

الرعية لغة: من رعت الماشية ترعى رعيًا فهي رعية إذا سرحت بنفسها. وأصلها في اللغة يدل على المراقبة والحفظ، فيقال للحاكم والأمير راع لقيامه بتدبير الناس وسياستهم، ويقال للناس رعية؛ لأنهم تحت مراقبة الحاكم أو الأمير^(١). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي لها عن المعنى اللغوي، فقد عرفها صاحباً معجم لغة الفقهاء بأنها: «كل من كانوا تحت الولاية العامة للأمير المؤمنين»^(٢).

والمعنى الإجمالي للقاعدة: أن من كانت له ولاية على غيره، عامة كانت أو خاصة تصرفه على ذلك الغير مرتبط بمصلحة من يتصرف له، فلا تكون تصرفاته على من هو في رعايته نافذة إلا إذا كان في ذلك التصرف مصلحة له.

٢- تأصيل القاعدة:

يرجع أصل هذه القاعدة إلى القرآن الكريم والسنة النبوية وآثار الصحابة. ومن الأدلة عليها:

أ- قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نَبَأُ الْغَيْبِ وَهُوَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ [النساء: ٥٨]،

قال القرطبي: «هذه الآية من مهمات الأحكام تضمنت جميع الدين والشرع... والأظهر في الآية أنها عامة في جميع الناس، فهي تتناول الولاية فيما يليهم من الأمانات في قسمة الأموال ورد الظلمات والعدل في الحكومات... وتتناول من دونهم من الناس في حفظ الرذائع والتحرز في الشهادات وغير ذلك»^(٣).

ب- وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾

المبحث الخامس

فقه قواعد كلية خاصة بالسياسة الشرعية

السياسة في اللغة: هي تعهد الأمر بما يصلحه^(١). والسياسة الشرعية في الاصطلاح: «تدبير الأمر في الأمة داخلياً وخارجياً تدبيراً متوطناً بالمصلحة»^(٢). وبعبارة أخرى: الأحكام التي تدبر مرافق وشئون الدولة مع مراعاة أن تكون متفقة مع روح الشريعة. ونازلة على أصولها الكلية ومحقة لأغراضها الاجتماعية والاقتصادية وإن لم يدل عليها نص خاص^(٣). وفيما يلي بيان لفقه بعض القواعد المتعلقة بالسياسة الشرعية.

المطلب الأول: فقه قاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة».

هذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في إدارة الدولة وتنظيم شؤونها، حيث تضع حداً للحاكم في كل تصرفاته المتعلقة بالرعية، لكن لا تقف هذه القاعدة عند حد تصرفات الحاكم السياسية، وإنما تتعدى ذلك إلى كل من يتولى أمراً من أمور المسلمين. وقد عبر عنها السبكي بالصيغة التالية: «كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة»^(٤)، وفيما يلي بيان لحقيقة هذه القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة قاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليل عناصرها.

- (١) لسان العرب لابن منظور ٢/٢٣٩.
- (٢) خصائص التشريع في السياسة والحكم للدبرني ٤١٢.
- (٣) مذكرة في السياسة الشرعية للدبرني. نقلاً عن السياسة الشرعية عند ابن خلدون لمصلح التجار ٣٩.
- (٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/١٥٢.

[الإسراء: ٣٤] ففي هذه الآية تنبيه على أنه لا يصح التصرف في مال اليتيم إلا بما هو أصلح له كاستثماره وحفظه.

ج- وقوله ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته: الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته»^(١).

د- وقوله ﷺ: «ما من عبد يسترعه الله رعية، فلم يحطها بنصحها لم يجد راحة الجنة»^(٢).

هـ- وقوله ﷺ: «ما من وائل يلي رعية من المسلمين، فيموت وهو غاش لهم إلا حرم الله عليه الجنة»^(٣).

و- وقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة مال اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فإن أيسرت رددته، فإن استغنيت استعفت»^(٤).

٣- تحليل القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من موضوع القاعدة وحكمها ومناطه.

أ- فموضوع القاعدة: هو تصرفات كل من له ولاية غيره كالإمام والقاضي ونظر قف، والولي والصفي، والنائب عن الأمة في مجلس النواب وغير ذلك.

والولاية نوعان: عامة وخاصة.

فالولاية العامة: هي سلطة تدبير المصالح العامة للأمة وتصريف شئون الناس والأمر والنهي فيهم. ويندرج تحتها: الإمامة العظمى، وإمارات الأقاليم والبلدان، والوزارة، والقضاء والشرطة، والمظالم والحسبة، وإمارة الجيش، وإمامة الصلاة، وجباية الصدقات والخراج^(٥).

(١) صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب (١١)، ٢١٥/١.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب (٨)، ١٠٧/٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب (٨)، ١٠٧/٨.

(٤) الأنبياء والنظائر للسيوطي ص ١٢١.

(٥) الأحكام السلطانية للماوري ٢٥٩، والأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص ٣٠٨.

والولاية الخاصة: هي سلطة تمكن صاحبها من التصرف عن الغير. إما بمباشرة العقود عنه وترتيب آثارها دون توقف على رضاه. وإما بالتربية والرعاية للصغير: كالولاية على النفس والحضانة^(١).

ب- والحكم الكلي للقاعدة: هو أن نفاذ تصرفات الولي على الغير تتوقف على وجود الثمرة والمنفعة في ضمن التصرف سواء أكانت تلك المنفعة دينية أم دنيوية، فإن تضمن التصرف منفعة وجب على الغير تنفيذها. وإلا فلا، ويرد ذلك التصرف. لأن الولي ناظر وتصرفه إذا خلا من المنفعة كان مترددا بين الضرر والعبث وكلاهما ليس من النظر في شيء^(٢).

ويشترط لإعمال هذه القاعدة عدة شروط منها:

الشرط الأول: أن تتوفر في الولي شروط الوكيل، لأن الولي لا يتصرف لنفسه وإنما هو وكيل عن غيره في القيام بشئونه، ومن الشروط المشتركة في الولاية العامة للإسلام والبلوغ، والعقل، والحرية، والذكورة، والعلم بالأحكام الشرعية، والقدرة على تحقيق مقاصد الولاية. ويشترط في الولاية الخاصة العقل والبلوغ والحرية والقدرة على تحقيق مقاصد الولاية.

والشرط الثاني: أن يتضمن التصرف منفعة للمولى عليه، لأن الولي مأمور من قبل الشارع أن يحوطه بالنصح، ولأنه وكيل عن الغير، فعليه أن يراعي خير التدابير لإقامة العدل وإحقاق الحق.

ج- ومناط الحكم الكلي: هو تحقيق المصالح ودفع المضار، فإذا ترتب على تصرف الولي مصلحة للمولى عليه نفذ التصرف في حقه ويلتزم به ترتب. وأما إذا ترتب على التصرف مفسدة أو مضرة من استئثار أو استبداد أو ظلم أو محاباة أو غير ذلك، فلا

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٨١٨/٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٤٧.

ينفذ تصرف الولي في حق المولى عليه، ولا يلتزم به لقوله ﷺ: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»^(١) وقوله ﷺ: «إنما الطاعة في المعروف»^(٢) وقال العز بن عبد السلام: «يتصرف الولاية ونوابهم... من التصرف بما هو أصح للمولى عليه درءاً للضرر والفساد، وجلباً للنفق والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح إلا أن يؤدي إلى مشقة شديدة بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وإن كان هذا في حقوق اليتامى فأولى أن يثبت في حق عامة المسلمين فيما يتصرف فيه الأئمة من الأموال العامة، لأن اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتناؤه بالمصالح الخاصة، وكل تصرف جرّ فساداً أو دفع صلاحاً فهو منهى عنه»^(٣).

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

إذا كانت هذه القاعدة تتعلق بالولاية العامة والخاصة فإن تطبيقاتها لا تعد ولا تحصى نذكر منها^(٤):

١- إذا اجتمع جماعة يصلحون للقيام بالأيتام قدم الحاكم أفهمهم بذلك وأعرّفهم بمصالح الأيتام وأشدّهم شفقة ومرحمة، فإن تساوا من كل وجه تخير. ويجوز أن يولى كل واحد منهم بعض الولاية ما لم يكن بينهم تنازع واختلاف يؤدي إلى تعطيل مصالحها وتعطيل درء مفسادها، لأن الولاية كلما ضاقت قوى الولي على القيام بجلب مصالحها ودرء مفسادها، وكلما اتسعت عجز الولي عن القيام بذلك.

٢- لا يقدم في ولاية الحرب إلا أشجع الناس وأعرفهم بمكايد الحروب والقتال مع النجدة والشجاعة وحسن السيرة في الاتباع فإن استؤوا تخير الإمام، وله أن يقرع بينهم كيلاً يجد بعضهم على الإمام بتقديم غيره عليه، وإن تعددت الجهات صرف بكل واحد منهم إلى الجهة التي تليق به.

قال العز بن عبد السلام معلّقاً على بعض تطبيقات هذه القاعدة:

«والضابط في الولايات كلها أنها لا يقدم فيها إلا أقوى الناس بجلب مصالحها ودرء مفسادها، فيقدم الأقوى بأركانها وشرائطها على الأقوم بسنتها وآدابها، فيقدم في الإقامة الفقيه على القارئ، والأفقه على الأقرأ؛ لأن الفقيه أعرف باختلال الأركان والشروط، وبما يطرأ على الصلاة من المفسدات، وكذلك يقدم الورع على غيره؛ لأن ورعه يحثه على إكمال الشرائط والسنن والأركان...»^(٥).

٣- يجب على الأئمة في تفريق مال المصالح (المال العام) أن يصرفوه في تحصيل أعلاها مصلحة فأعلاها، وفي درء أعظمها مفسدة فأعظمها.

٤- إذا قُتل شخص لا ولي له فالسلطان وليه، لكن لا يصح له أن يعفو عن القصاص مجانباً؛ لأنه خلاف المصلحة لأن الحق للعامة والسلطان نائب عنهم فيما هو أنظر لهم، وليس من النظر إسقاط حقهم مجانباً وإنما له القصاص أو الصلح وأخذ الدية.

٥- أن القاضي إذا أراد تزويج الصغيرة فلا يزوجهما الغير الكفء، لأنه خلاف مصلحتها.

٦- لا يجوز للوالي أن يمنح من محاسبة من تحت يده أموال العامة والخاصين كالموتولين على الأوقاف والأوصياء.

٧- لا يجوز للوالي أن يسمح بشيء من المفساد المحرمة شرعاً كالفسق والخمر والقمار ولو بحجة جباية الأموال والضرائب منها.

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٧٦/١.

(١) صحيح مسلم، كتاب الإمارة، رقم (٣٩)، ١٤٦٩/٣.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب (٤)، ١٠٦/٨.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأئمة للعز بن عبد السلام ٧٢/١.

(٤) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٧٥/١، الأشياء والنظائر للسيوطي ص ١٢١، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ٢٤٧، شرح مجلة الأحكام للقاضي ١٢٠/١، المدخل للزرقاء ١٠٥١/٢.

٨- لا يجوز لمجلس الأمة أن يسن القوانين المخالفة للقرآن والسنة؛ لأنها منافية لمصلحة الأمة.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»:

هذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في الإدارة وتوزيع الصلاحيات والمسؤوليات، فجميع صلاحيات الولي الخاص تنتقل إلى السلطان بمقتضى ولايته العامة، يمارسها بنفسه أو بواسطة من يأذن له كالقاضي والمحاسب وغيرهما حتى يُصب لها وصي يمارسها. فإذا وجدت الولاية الخاصة: كالولي أو الوصي فتقدم على ولاية السلطان أو القاضي، فليس للقاضي ممارسة تلك الصلاحيات من بيع وشراء وإيجار واستئجار وجباية وغير ذلك لمصلحة القاصر مع وجود الوصي أو الولي؛ لأنه المختص بتلك الولاية وهذا ما يقضي به علم الإدارة اليوم وفقاً لقاعدة توزيع الصلاحيات والمسؤوليات ومبدأ التدرج. فليس للموظف الرئيس أن يقوم هو بالعمل أو التوقيع العائد لمؤوسه، ولكن إذا تمرد هذا الموظف أو غاب، فيمكن أن يقوم مقامه بالتوقيع^(١).

ومن تطبيقات هذه القاعدة^(٢): إذا كان للصغير ولي فليس للقاضي تزويجه حسب ولايته العامة. ومنها: إذا كان لليتيم وصي فليس للقاضي أن يتصرف في ماله ولا أن يؤجر أملاكه. ومنها: إذا كان للوقف ناظر فليس للقاضي أن يتصرف في مال الوقف بالإيجاز أو القبض أو الصرف أو التوزيع فإذا تصرف لا ينفذ تصرفه، فلو أجز القاضي عمارة من عمارات الوقف بماله من الولاية العامة على الوقف، وأجز الناظر العمارة نفسها يكون إيجار الناظر صحيحاً في حين لا يعتبر إيجار القاضي؛ لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة، ولا يحق لصاحب الولاية العامة أن يتصرف مع وجود صاحب الولاية الخاصة، وإن كان القاضي هو الذي عين ذلك الناظر.

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/٨٢٧، ١٠٤٩.
(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٥٢/١، شرح المجلة للقاضي، ١٢١/١، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٥٠.

ومنها: لا يحق للقاضي أن يعزل ناظر الوقف على المنصب من قبل الوقف، ما لم تظهر عليه خيانة؛ لأنه ولاية الوقف على الوقف ولاية خاصة وهي أقوى من ولاية القاضي.

ويستثنى من ذلك^(١): يجوز للقاضي إيجار عقار الوقف مدة طويلة عند الحاجة إلى التعمير وليس للمتولى ذلك، لأن صيانة أموال الأوقاف هي من الحق العام فتجاوز الحدود المسموحة للأولياء والأوصياء. ومنها: يجوز للقاضي إقراض مال القاصر، وليس للأب أو الوصي ذلك، لأن صيانته من الحق العام.

المطلب الثالث: فقه قاعدة: «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه».

هذه القاعدة تتعلق بالسياسة الشرعية في القمع وسد الذرائع. وفيما يلي بيان معنى القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: معنى القاعدة:

استعجل الشيء: سارع إليه قبل حصوله ليأخذه بسرعة^(٢) وأوان الشيء: وقت حصوله الطبيعي وبسببه العام^(٣). كموت المورث سبب طبيعي لانتقال الإرث إلى الورثة.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا كان الشخص يستحق شيئاً بسبب ما لم يحن وقت حصوله، فلم يصبر المستحق وعجل في حصوله ذلك السبب بدون وجه حق ليتحقق له استحقاق الشيء. فإنه يعاقب الحرمان من الاستحقاق وقريب من هذا المعنى قاعدة: «من استعجل ما آخره الشرع يجازى برده»^(٤) وقاعدة: «من الأصول المعاملة بنقض

(١) المدخل الفقهي للزرقاء ٢/١٠٤٩.

(٢) المصباح المنير ص ٥٣٩.

(٣) المرجع السابق ص ٣٨.

(٤) درر الحكام لعلي حيدر ٨٧.

المقصود الفاسد^(١) وقاعدة: «من تعجل حقه أو ما أبيع له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه» وقاعدة: «من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل، أو يسقط الواجبات على وجه محرم - وكان مما تدعو النفوس إليه - ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم، ولم يترتب عليه أحكامه»^(٢).

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

من تطبيقات هذه القاعدة^(٣):

- ١- من قتل مورثه بغير حق يحرم من الميراث، كأن يقتله عمداً.
- ٢- من قتل الموصى بغير حق يحرم من الوصية.
- ٣- إذا طلق الرجل زوجته في مرض موته بدون رضاها ومات وهي في العدة فإنها ترثه، ولا تحرم من الميراث بسبب ذلك الطلاق.

ثالثاً: مستثنيات القاعدة:

يستثنى من هذه القاعدة ما لو قتل الدائن المدين ليحل الدين المؤجل فإنه يحل بالموت ولا يمنع قتله له حلول الدين، كما هو الأصل في جميع الديون المؤجلة تحل بالموت^(٤).

المبحث السادس

فقه قواعد كلية خاصة بالاجتهاد الفقهي

الاجتهاد في اللغة: بذل الوسع والطاقة ولا يستعمل إلا فيما فيه مشقة، فيقال اجتهد في حمل الطاحونة ولا يقال اجتهد في حمل التمرة^(١).

والاجتهاد في الاصطلاح: «استفراغ الفقيه وسعه لدرك حكم ظني شرعي»^(٢) ومما ينبغي التنبيه عليه أن الاجتهاد الفقهي وما يتعلق به من قواعد تندرج تحت القواعد الأصولية، لكن الفقهاء أوردوا بعض قواعد الاجتهاد ضمن القواعد الفقهية، لكثرة حاجة الفقه إليها وشيوع استعمالها في كتب الفقه. وساقصر على بيان قاعدتين منها وهما: قاعدة: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص» وقاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» وفيما يلي بيان ذلك.

المطلب الأول: فقه قاعدة: «لا مساغ للاجتهاد في مورد النص».

هذه القاعدة تعد قيداً في الاجتهاد الفقهي فلا مجال للمجتهدين أن يجتهدوا في حكم واقعة ورد بخصوصها نص شرعي، ولكي ندرك أهمية هذا القيد لا بد من بيان حقيقة القاعدة وتطبيقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معنى القاعدة وتأصيلها وتحليلها.

١- معنى القاعدة:

المساغ لغة: من ساغ يسوغ سوغاً، وهو يدل في أصل اللغة على سهولة الشيء

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤٨٦/١، المصباح المنير للقيومي ص ١٥٥.

(٢) شرح الكوكب المنير للفتوشي ص ٣٩٤.

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام للونشريسي ص ١١٣

(٢) القواعد الفقهية لملي الندوي ٣٨٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٤٠٥.

واستمراره في الحلق خاصة، فيقال: ساء الشراب في الحلق سوعاً. وساء فعل الشيء بمعنى الإباحة ويتعدى بالتضعيف فيقال سوغته أي أبحته^(١).

والنص في اللغة: من نص الحديث إلى فلان رفعه إليه، وهو يدل في أصل اللغة على رفع وارتفاع وانتهاء في الشيء^(٢). والنص في الاصطلاح: الكتاب والسنة وما لا يحتمل إلا معنى واحداً^(٣).

والمراد به في القاعدة: الثابت بالقل الصحيح من كتاب أو سنة أو إجماع وما لا يحتمل إلا معنى واحداً.

والمعنى الإجمالي للقاعدة:

أن الاجتهاد لا يجوز في قضية شرعية ورد نص واضح وصريح بحكمها؛ لأن الاجتهاد إنما يكون فيما لا نص فيه، أو فيما فيه نص ولكن معناه محتمل، فيجتهد العالم في فهم ذلك النص.

٢- تأصيل القاعدة:

أصل هذه القاعدة يرجع إلى الكتاب والسنة والإجماع.

أ- قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ إِذَا قُضِيَ إِلَيْهِ أَمْرٌ أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٣].

ب- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَانفَعُوا أَنْتُمْ إِنْ اللَّهَ سَبَّحُ عَلَيْهِمُ﴾ [الحجرات: ١].

ج- وقوله تعالى: ﴿أَتَمِنُوا مَا آتَاكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ قَلِيلًا مَّا تَذَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ٧].

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١١٦/٣، المصباح المنير للفيومي ص ٤٠٢.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٥٦/٥، المصباح المنير للفيومي ص ١٣٥.

(٣) الكليات للكفوي ٣٦٦/٤.

د- وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمَكْمُومَ لَا يَدْرِي فَيَضِلُّ الْحَقُّ وَهُوَ غَيْرٌ الْفَتَّيْلُ﴾ [الأنعام: ٥٧].

هـ- وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤]

﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥] ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٧] فأكد هذا التأكيد وقرر هذا التقرير في موضع واحد لعظم مفسدة الحكم بغير ما أنزل الله وعموم مضرته وبليّة الأمة به^(١).

و- وقوله ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا كُذِّبَ إِلَيْكُمْ الْكُذِبَ هَذَا سَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِنَفْسِنَا عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ الْكُذِبَ لَا يَفْلَحُونَ﴾ [النحل: ١١٦].

ز- وروي عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء عند النبي ﷺ فذكر حديث اللعان وقول النبي: «ابصروهما فإن جاءت به أكحل العينين^(٢)»، سابع الأكيئين^(٣)، خديج الساقين^(٤) فهو لشريك بن سحماء، وإن جاءت به كذا وكذا فهو لهلال ابن أمية فجاءت به على النعت المكروه فقال النبي ﷺ: «لو لا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن»^(٥) قال ابن القيم: «يريد -والله ورسوله أعلم- بكتاب الله قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُهَا عَنِ الْعَذَابِ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَافِرِينَ﴾ [النور: ٢٤]، ويريد بالشأن -والله أعلم- أنه كان يحلها لمشابهة ولدها للرجل الذي رميت به ولكن كتاب الله فصل الحكومة وأسقط كل قوله وراءه ولم يبق للاجتهاد بعده موقع»^(٦).

ح- وقد نقل ابن القيم إجماع العلماء على ذلك ومن أقوالهم قال الشافعي: أجمع الناس على أن من استنبات له سنة عن رسول الله ﷺ لم يكن له أن يدعها لقول أحد من

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٢٨٠/٢.

(٢) أكحل العينين: من وجد في أجناف العين سواد خلقه (النهاية ١٥٤/٤).

(٣) سابع الأكيئين: أي تامهما وعظيمهما (النهاية ٣٣٨/٢).

(٤) خديج الساقين: أي عظيمهما (النهاية ١٥٢/٢).

(٥) صحيح البخاري، كتاب التفسير، سورة النور، ٣/٦.

(٦) أعلام الموقعين لابن القيم ٢٨١/٢.

الناس. وتواتر عنه أنه قال: إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحافظ. وصح عنه أنه قال إذا رويت عن رسول الله ﷺ حديثاً لم آخذ بها فاعلموا أن عقلي قد ذهب. وصح عنه أنه قال: لا قول لأحد مع سنة رسول الله ﷺ^(١).

٣- تحليل القاعدة:

هذه القاعدة تتكون من موضوع وحكم كلي ومناط.

أ- فالموضوع: هو الاجتهاد وهو بذل الجهد العلمي في استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها. وهو نوعان:

النوع الأول: الاجتهاد في فهم النص (نظيية).

إن النصوص إما أن تكون واضحة الدلالة في إفادة الحكم بحيث لا تحتاج التأويل، فلا يجوز في هذه الحالة تأويل النص بما يخرج عن ظاهره أو لا يحتمله مثل قوله تعالى: ﴿الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَاجِدُوا كُلَّ وَجْهٍ لَهَا يَمَازَنَةً فَجَدُوهَا﴾ [النور: ٢] فالنص قطعي الدلالة في أن الرائي يجلد مائة جلدة.

وإما أن تكون النصوص غير واضحة الدلالة، وتحتمل وجوها مختلفة في تفسيرها، فيجوز في هذه الحالة الاجتهاد في فهم النص وتأويله مثل قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْزِقْنَ أَنْفُسَهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] فالقرء يحتمل الطهر والحيض فيجهد الفقيه في المراد بالقرء، وقد تختلف تفسيرات الفقهاء لهذا النص، ويرتب عليه بالتالي اختلاف في الأحكام.

النوع الثاني: الاجتهاد في قياس حكم لا نص فيه على حكم منصوص عليه. هذا النوع من الاجتهاد لا يجوز للفقيه اللجوء إليه مع وجود نص ثابت في القضية المطلوب معرفة حكمها.

فلا يجوز الاجتهاد في الأمور المعلومة من الدين بالضرورة والبداهة، أو التي ثبتت بدليل قطعي الثبوت قطعي الدلالة: مثل وجوب الصلوات الخمس والزكاة والحج والشهادتين وتحريم جرائم الزنا والسرقة وشرب الخمر والقتل وتنفيذ العقوبات المقررة لها وغير ذلك مما فيه نص قرآني قطعي. وكذلك ما دلت عليه الأحاديث المتواترة على حكمه كأحاديث الزكاة وغير ذلك، لأن محل القياس إنما هو عند عدم النص. على أنه قد يوجد حديث نبوي مروى في قضية، فيراه بعض الفقهاء صحيحاً فيأخذ به ويترك القياس المخالف له. بينما يراه غيره غير بالغ درجة الصحة فيتركه ويلجأ إلى القياس^(١)، وقد اعتبر ابن تيمية ذلك سبباً من أسباب الاختلاف بين الفقهاء حيث قال: «أن يكون الحديث قد بلغه، لكنه لم يثبت عنده إما لأن محدثه، أو محدث محدثه أو غيره من رجال الإسناد مجهول عنده أو متهم أو سيء الحفظ. وإما لأنه لم يبلغه مسنداً، بل منقطعاً، أو لم يضبط لفظ الحديث. مع أن ذلك الحديث رواه الثقات لغيره بإسناد متصل...»^(٢).

الحكم الكلي للقاعدة: تحريم الإفتاء والحكم في دين الله بما يخالف النصوص، وسقوط الاجتهاد والتقليد عند ظهور النص الواضح الصريح.

ج- مناط الحكم الكلي: أن الاجتهاد مع وجود النص الواضح الصريح حكم بغير ما أنزل الله تعالى، وهو ظاهر الفساد والمضرة على الأمة الإسلامية؛ لأن صلاحها في تطبيق ما أنزل الله تعالى وبينه الرسول ﷺ قال ﷺ: «تركتم فيكم أمرين ما أن تمسكتم بهما لن تضلوا بعدي أبداً: كتاب الله، وسنتي»^(٣).

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

وردت في التفريع على هذه القاعدة عدة تطبيقات^(٤):

- (١) المدخل الفقهي للزرقاء ١٠١٠/٢.
- (٢) رفع الملام عن الأئمة الأعلام لابن تيمية مطبوع في آخر كتاب الكافي لابن قدامة ٦٤٤/٣.
- (٣) موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك، كتاب القدر، باب (٣)، ٢٠٨/٢.
- (٤) انظر التطبيقات: أعلام الموقعين لابن القيم، ٢/٣٠٥، درر الحكام لعلي حيدر ٢٩/١، شرح مجلة الأحكام للقاظمي ٧٣/١.

١- جاء النص الصريح في منع الخمر والميسر في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْفَنَاءُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَلْسَابُ وَالْأَلْعَابُ يَحْسَبُ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] فلا مسأغ للاجتهاد في إجازتها.

٢- جاء النص الصريح في منع الربا في قوله تعالى: ﴿وَأَسَلَّ اللَّهُ السَّيْحَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] فلا مسأغ للاجتهاد في حله.

٣- ورد النص في أن للبنات نصف الابن في الميراث في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي الْوَارِثَاتِ الَّتِي لَا وَلَدَ لَهُنَّ وَلَا بَنَاتٍ لَهُنَّ إِنْ هُنَّ ائْتَمَّ بِمَا مَلَكَتْهُنَّ مِنْ أَنْفُسِهِنَّ فَلِلنِّسَاءِ الْبُيُوتِ الَّتِي كُنَّ فِيهَا مِنْكُمْ وَالْأَنْصَابُ الَّتِي كُنَّ فِيهَا مِنْكُمْ وَالْأَنْصَابُ الَّتِي كُنَّ فِيهَا مِنْكُمْ وَالْأَنْصَابُ الَّتِي كُنَّ فِيهَا مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١١] فلا مسأغ للاجتهاد في مساواة البنات للابن في الميراث.

٤- ورد النص في وجوب الطمأنينة في الصلاة وتوقف أجزاء الصلاة وصحتها عليها كقوله ﷺ: «لا تجزي صلاة لا يقم الرجل فيها صلبه في ركوعه وسجوده»^(١) وقوله ﷺ: «لمن ترك الطمأنينة: «صل فإنك لم تصل»^(٢) وقوله ﷺ: «ثم اركع حتى تطمئن راكعاً»^(٣) فنفى أجزاءها بدون الطمأنينة ونفى مساهما الشرعي بدونها، وأمر بالإنابة بها، فرد هذا المحكم الصريح بعمومات من الكتاب والسنة مثل قوله تعالى: ﴿ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا﴾ [الحج: ٧٧]. لا يصح.

٥- ورد النص في وجوب الفاتحة في الصلاة: كقوله ﷺ: «من لم يقرأ بأم الكتاب فلا صلاة له»^(٤) فرد هذا بالمشابه من قوله: ﴿فَأَقْرَأُوا مَا يَتَرْتِلُونَ﴾ [المزمل: ٢٠] لا يصح. كما أن الآية ليست في الصلاة، وإنما هي بدل عن قيام الليل.

المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله».

هذه القاعدة تتعلق بنقض الاجتهاد وعدم نقضه باجتهاد آخر سواء أكان صادراً من المجتهد نفسه أم من غيره، وهي ضرورية لاستقرار المعاملات والأحكام والفناوي وإلدرار أهمية هذه القاعدة لا بد من بيان حقيقتها ونطاقاتها.

أولاً: حقيقة القاعدة:

لمعرفة حقيقة القاعدة لا بد من بيان معناها وتأصيلها الشرعي وتحليلها.

١- معنى القاعدة:

النقض لغة: من نقضت الشيء نقضاً إذا نكثته، ومنه نقض البناء إذا هدمه، وهو يدل على إفساد ما أبرم وتغييره وإبطاله^(١) ونقض الاجتهاد: إبطال حكمه وتغييره.

والمعنى الإجمالي للقاعدة: إذا اجتمع المجتهد في مسألة لم يرد فيها نص قطعي فحكم فيها حسب ما أوصله إليه اجتهاده الصحيح. ثم وقعت مسألة أخرى مشابهة، فبدا له رأي آخر فعدل عن حكم المسألة الأولى وحكم في الثانية بحكم آخر مناقض، فإن حكمه الثاني المتعلق بالمسألة الثانية لا يبطل حكم المسألة الأولى ولو كانت مشابهة للثانية. وسواء أكان هذا الاجتهاد الثاني من المجتهد نفسه أم من غيره.

٢- تأصيل القاعدة:

أصل هذه القاعدة في أصول الكرخي: «الأصل أنه إذا مضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص»^(٢). ويدل على هذه القاعدة الإجماع والمعقول.

أ- الأصل في ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم، حيث نقله ابن الصباغ فإن أبا بكر الصديق حكم في مسائل خالفه فيها عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ولم يتنقض حكمه. وحكم عمر رضي الله عنه بعدم تشريك الأشقاء في فرض أولاد الأم، وحكم بعد ذلك بالتشريك، أي بعد إعادة النظر في المسألة. وحينما راجعه بعض الصحابة قال: «تلك على ما قضيت، وهذه على ما قضيت»^(٣).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٥/٤٧٠، المصباح المنير للفيومي ص ٨٥٤.

(٢) أصول الكرخي مع تأسيس النظر للبيوس ص ١١٨.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١.

(١) سنن الترمذي، كتاب الصلاة، باب (١٩٦)، ٥١/٢، وقال: حسن صحيح.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب (٩٥)، ١٨٤/١.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الأذان، باب (٩٥)، ١٨٤/١.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب وجوب الفاتحة، ٢٩٥/١.

ب- ومن المعقول أن الاجتهاد الثاني ليس بأقوى من الاجتهاد الأول حتى ينقضه، ولأن القول بنقض الاجتهاد الأول بالثاني يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والأحكام. وفي ذلك مشقة شديدة على الناس، فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض وهلم جرا. وهذا يؤدي إلى اضطراب الأحكام، وهو مما يترتب عليه عدم الثقة بالمجتهدين والقضاة وتفتت المصلحة من تعيينهم.

٣- تحليل القاعدة:

تتكون هذه القاعدة من الموضوع والحكم الكلي ومناطه.

أ- فالموضوع: هو الاجتهاد بالمعنى العام، وهو يتضمن ثلاثة أنواع^(١):

النوع الأول: اجتهاد المجتهد في المسائل الظنية التي لم يرد فيها نص قطعي فلا ينقض الاجتهاد السابق باجتهاد مثله من المجتهد نفسه أو من مجتهد آخر.

والنوع الثاني: حكم القاضي في القضية المعروضة عليه إذا كانت من المسائل الاجتهادية التي لا نص فيها، أو كانت مقيدة بمذهب من المذاهب الفقهية؛ فلا يجوز نقضه باجتهاد فقيه آخر، كما قرر الفقهاء: «الدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشرعي لا تنقض ولا تعاد»^(٢).

والنوع الثالث: مسائل التحري كالتحري في معرفة القبلة، فإذا كان في صحراء وتحرى القبلة فتوصل إلى أنها إلى جهة معينة فصلى، فصلاته صحيحة، ولا تبطل ولو تغير بعد ذلك اجتهاده وكانت القبلة إلى جهة أخرى فلا يعيد الصلاة، وكذلك إذا اختلطت ثياب طاهرة بنجسة فاجتهد في إخراج الطاهرة ولبسها وصلى فيها فلا تبطل صلاته، ولو تغير بعد ذلك اجتهاده.

ب- الحكم الكلي للقاعدة:

إن الحكم الكلي في قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله» أن الاجتهاد حجة شرعية، لا يتغير ولا يتبدل ولو تبدل رأي المجتهد نفسه أو مجتهد آخر. فيعمل بموجب الرأي الجديد في المستقبل، لا فيما مضى كما قال الحنفية: «إن رأي المجتهد حجة من حجج الشرع وتبدل رأي المجتهد. بمنزلة انتساخ النص يعمل به في المستقبل لا فيما مضى»^(١). ولإعمال هذا الحكم تشترط عدة شروط وهي^(٢):

الشرط الأول: أن يكون الاجتهاد صادراً فيما مضى، ولذا إذا كان الاجتهاد في قضية حالية أو مستقبلية فينقض الاجتهاد بتبدل الرأي، ويعمل بالاجتهاد الجديد لا السابق.

الشرط الثاني: أن لا يكون الاجتهاد السابق مخالفاً لنص قطعي في القرآن أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع القطعي أو القياس الجلي؛ وهو ما كانت علته منصوصة أو كان قد قطع بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع. ففي هذه الحالات ينقض الاجتهاد السابق.

الشرط الثالث: أن لا يكون الاجتهاد السابق مبنياً على خطأ بين أو ظلم وجور. فإذا قضى القاضي بالجور أو الظلم، ثم ظهر الحق فينقض الحكم السابق: فلو قسم القاسم قسمة إجبار بين الشركاء في مال أو تركه، ثم قامت بينة تدل على خطأ القاسم أو حيفه (ظلمه) نقضت القسمة مع أن القاسم قسم باجتهاده.

الشرط الرابع: أن لا يكون الاجتهاد السابق متعلقاً بمصلحة عامة، فإذا كان كذلك وتغيرت المصلحة العامة نقض الحاكم الاجتهاد السابق. فللإمام أن يحمي الحمى بأن يخصص بعض الأراضي الموات لرعي دواب الجيش والدولة، فجاء إمام آخر ووجد عدم المصلحة في ذلك فله إبطال الحمى.

(١) الوجيز في القواعد للبورنو ٢٨٥.

(٢) المرجع السابق.

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من كتاب التحرير لعلي الندوي ص ٢٠٨.

(٢) الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه لسيد محمد موسى ص ٤٣٥، تغير الاجتهاد لوجهة الزحيلي ص ٢٥.

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الفصل الرابع

الضوابط الفقهية

الضوابط الفقهية لها معنى واسع وشامل، يشمل القضايا الكلية المتعلقة باب واحد من أبواب الفقه أو بموضوع واحد من موضوعاته، كما يشمل تحديد العلامة المميزة لمفهوم فقهي، كما يشمل التعريفات الفقهية للمصطلحات، وأقسام الموضوعات الفقهية، والشروط والأسباب المتعلقة بها. ولما كان أغلب تلك الشمولات قد ورد ذكرها بالتفصيل في الفصلين السابقين، فلم تخل قاعدة من ذكر تعريف فقهي أو تقسيمات علمية دقيقة أو شروط وأسباب فلا بد من الاقتصار في هذا الفصل على بيان الضوابط المتعلقة بالقضايا الكلية والقيود الواردة على بعض الموضوعات الفقهية والعلامات المميزة لبعض المسائل الفقهية. وسيكون منهجي في تناول الضابط الفقهي قريباً من منهج تناول القاعدة الكلية الفقهية. وتلخص هذا المنهج في النقاط التالية:

- ١- بيان أهمية الضابط ودوره في خدمة الفقه الإسلامي.
- ٢- بيان معنى الضابط وذلك بتعريف ما فيه من مفردات، وذكر معناه الإجمالي، وحكمه الكلي.
- ٣- بيان القيود الواردة في الضابط أو العلامة المميزة فيه.
- ٤- بيان أدلة القيود الواردة في الضابط أو العلامة المميزة الواردة فيه.
- ٥- التطبيقات الفقهية على الضابط ومستثنياته.

وسوف أراعي في ترتيب هذه الضوابط الترتيب الفقهي المعروف، فأبدأ بالعبادات، ثم المعاملات، ثم الأحوال الشخصية، ثم الجنايات، ثم القضاء ولذا سيشتمل هذا

ج- مناط الحكم في القاعدة: هو ما أشرنا إليه سابقاً من رفع الحرج والمشقة عن الناس بسبب تغير الاجتهاد في المسائل الظنية والأحكام القضائية الاجتهادية. فالجري وراء تغير الاجتهاد بنقضه يؤدي إلى عدم الاستقرار في الأحكام، ويوقع الناس في مشقة شديدة.

ثانياً: تطبيقات القاعدة:

توجد لهذه القاعدة عدة تطبيقات في الفقه والقضاء^(١).

- ١- إذا حكم القاضي بالتفريق بين زوجين بناء على مرور أربعة أعوام على فقد الزوج. ينبغي أن لا ينقض حكمه لموافقة اجتهاداً صحيحاً، وإن خالف هذا اجتهاد الحنفية.
- ٢- إذا حكم القاضي بوقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلاق واحدة ينبغي ألا يبطل الحكم باجتهاد آخر لموافقة ذلك الحكم رأياً لمجتهد.
- ٤- إذا حكم القاضي برّد شهادة رجل لنفسه، ثم تاب فأدعاها، لم تقبل شهادته، لأن قبول شهادته بعد التوبة يعد نقضاً للاجتهاد بالاجتهاد.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٥، شرح مجلة الأحكام العدلية للقاضي ٧٦/١

المبحث الأول: الضوابط الفقهية في العبادات.

المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في المعاملات المالية.

المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية.

المبحث الرابع: الضوابط الفقهية في الجنايات.

المبحث الخامس: الضوابط الفقهية في القضاء.

وفيما يلي بيان لتلك المباحث.

المبحث الأول

الضوابط الفقهية في العبادات

العبادات: جمع عبادة، وهي اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه من الأقوال والأعمال الباطنة والظاهرة: كالذكر والدعاء وقراءة القرآن والطهارة والصلاة والصيام والزكاة والحج وغير ذلك. وهي تنظم علاقة العبد بربه من خلال الالتزام بشرع الله تعالى، ومحبة العبد للمعبود سبحانه وتعالى. فليس في الوجود من هو أجدر من الله تعالى بالحب والعبودية. ولما كانت الضوابط الفقهية المتعلقة بالعبادات كثيرة ومتنوعة تبعاً لتنوع العبادات فلا بد من ذكر نماذج منها

أولاً: ضابط: «كل نجاسة انتقلت أعراضها بالكلية إلى طاهر، الأصل طاهرة»^(١)

هذا الضابط يتعلق بموضوع مهم من موضوعات الطهارة، وهو استحالة النجاسات، وأثر ذلك في طهارتها. وفيما يلي بيان لمعنى الضابط وقبوله وأدلته وتطبيقاته.

١- معنى الضابط:

النجاسة لغة: من نجس ونَجَسَ أي قذر^(٢). وهي في الاصطلاح: «كل مستقذر شرعاً أي ما استقذره الشرع وإن لم يستقذره الناس»^(٣). ويقابل النجس الطاهر، وهو كل ما خلا من النجاسة^(٤). والأعراض: جمع عَرَضَ وهو كل ما لا يقوم بنفسه ولا يوجد

(١) الكليات الفقهية للمقري ص ٢٠٩. نقلاً عن القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية لناصر الميمان ص ٣٤٧.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٩٣/٥، المصباح المنير للفيومي ص ٨١٥.

(٣) معجم لغة الفقهاء للقمي وقبني ص ٤٧٥، وانظر: معني المحتاج للشربيني ١/٧٧.

(٤) معجم لغة الفقهاء للقمي وقبني ص ٢٨٨.

إلا في محل يقوم به^(١). كاللون المحتاج في وجوده إلى جسم يحله ويقوم به. والأعراض نوعان:

النوع الأول: قارُّ الذات تجتمع أجزاؤه في الوجود: كالبياض والسواد.

النوع الثاني: غير قارُّ الذات، وهو لا يجتمع أجزاؤه في الوجود: كالحركة والسكون^(٢).

والاستحالة في اللغة: التغير والتحول^(٣). وهي في **الأصطلاح:** «إزالة صفات العين النجسة إلى صفات أخرى: كزوال صفة الإسكار من الخمر بالتخليل»^(٤).

والمعنى الإجمالي للضابط: أن الأعيان النجسة إذا تحولت إلى أجناس أخرى بحيث إذا زالت الصفات المتعلقة بالاستقذار زال حكم التنجيس، وأصبحت طاهرة. وقد عبّر الفقهاء عن هذا الضابط بتعابير متعددة منها: «كل ما بدأ الله بتحويله من جنس إلى جنس زال عنه حكم التنجيس»^(٥) ومنها: «أصل النجاسة الاستقذار فما خرج إلى ضد ذلك منها فقد خرج بالكلية منها كالسك»^(٦).

٢- أدلة هذا الضابط:

استدل الفقهاء لهذا الضابط بالأدلة التالية

- (١) المصباح المنير للقيومي ص ٥٥٢.
- (٢) التعريفات للجرجاني ص ١٩٢.
- (٣) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١٢٧، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٩١/٢.
- (٤) نهاية المحتاج للرملي ٢٤٨/١.
- (٥) الفتاوى المصرية لابن تيمية ١٢٢/٢.
- (٦) القواعد للمقري ٢٧٢/١.
- (٧) من الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن النجاسات تطهر بالاستحالة المالكية والظاهرية والحنفية في المختار عندهم وأحمد في رواية اختارها ابن تيمية، وهو وجه عند الشافعية قاله الجويني. وخالف في ذلك الشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب وأبو يوسف من الحنفية (حاشية ابن عابدين ١/٣٢٧، الذخيرة للقرافي ١/١٨٨، المجموع للنووي ٢/٥٣٠، الإنصاف للرداوي ١/٣١٨، المحلى لابن حزم ١/١٧٩).

١- قوله تعالى: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾ [النحل: ٨]

قال ابن تيمية: «إن الله أباح الطيبات وحرم الخبائث وذلك بتبعية صفات الأعيان وحققاتها، فإن كانت العين ملحاً أو خللاً دخلت في الطيبات التي أباحها الله، ولم تدخل في الخبائث التي حرمها الله، وكذلك التراب والرماد لا يدخل في نصوص التحريم.

ب- وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «كنت أطيب رسول الله ﷺ قبل أن يحرم يوم النحر قبل أن يطوف بطنب فيه مسك»^(١) فالمسك استحالة من الدم، فزالت صفاته، وخرج من اسم الدم إلى اسم جديد وصفات جديدة فطهر^(٢).

ج- وعن ابن عباس قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»^(٣) فالإهاب زالت عنه صفات الجلد الملوث بالشحوم والتي تعمل على إفساده وتنت رائحته وتغير اسمه من جلد إلى إهاب فيطهر.

د- القياس على الخمر إذا تخللت بنفسها فقد أباح النبي ﷺ الخل مع أنه متحول من خمر. وقال فيه: «نعم الأدم الخل، نعم الأدم الخل»^(٤).

هـ- واستدل ابن تيمية بالاستقراء على أن المتحول من جنس إلى جنس آخر يطهر^(٥).

٣- القيود الواردة في الضابط:

لإعمال الحكم الكلي للضابط وهو طهارة النجاسات باستحالتها يشترط:

- (١) صحيح مسلم، كتاب الحج، باب الطيب للمحرم، ٨٤٩/٢.
- (٢) مواهب الجليل للحطاب ٩٧/١.
- (٣) صحيح مسلم، كتاب الحيض، باب طهارة جلود الميتة بالدباغ، ٧٧٧/١.
- (٤) صحيح مسلم، كتاب الأشربة، باب فضيلة الخل ٣/١٦٢٢.
- (٥) الفتاوى المصرية لابن تيمية ١٢٢/٢.

أ- تغير صفات العين النجسة من قذارة وطعم ولون ورائحة إلى صفات أخرى طيبة عن طريق الاستحالة، حيث يتحول الخبث والفساد إلى طيب وصالح. أما إذا بقي الخبث والفساد أو تحولاً إلى ما هو أخبث وأفسد، فلا تطهر العين النجسة بالاستحالة. كما ذكر المقرئ: «استحالة الفاسد إلى فساد لا تنقل حكمه، وإلى صلاح تنقل»^(١). ومن أمثلة تحول النجاسة إلى فساد بول الجلالة وروثها، وأما استحالة النجاسة إلى طهارة فمثالها لبن الجلالة وبيضها، فإنها تنفع ولا تضر والنفع يناسب التحليل. كما قرر ابن تيمية: «كل ما نفع فهو طيب وكل ما ضرَّ فهو خبيث. والمناسبة الواضحة لكل ذي لب أن النفع يناسب التحليل والضرر يناسب التحريم»^(٢). فإذا زالت الأضرار عن تلك النجاسات بالاستحالة كانت حلالاً طاهرة كما في الخمر إذا تخللت بنفسها، فقد اعتبرها النبي ﷺ نعم آدم الخل.

ب- أن يتبع تغير الصفات تغير الاسم كما أشار إلى ذلك النبي ﷺ. فقد سُمي الخمر التي تخللت بالخل، وجلد الميتة بالإهاب.

٤- تطبيقات الضابط:

توجد عدة تطبيقات فقهية على هذا الضابط منها^(٣):

- أ- النجاسة كالميتة والدم والعذرة إذا استحالت في التراب فصارت تراباً فإنها تطهر.
- ب- الخنزير والميتة إذا وقعا في الملاحة فصارا ملحاً يطهران.
- ج- الخمر إذا انقلبت إلى خل بنفسها فإنها تكون طاهرة.

د- المياه العادمة المحتوية على فضلات إنسانية نجسة ومخلفات صناعية ضارة بالصحة إذا عولجت بحيث يتم التخلص مما فيها من مواد ضارة بالصحة طاهرة، ويجوز للإنسان استعمالها.

هـ- الأعلاف المقدمة للحيوانات والدواجن التي تدخلها النجاسات من مخلفات المصانع والمسالخ إذا استحالت وتغيرت بحيث يتم التخلص من المواد الضارة فيها طاهرة، ويجوز تقديمها للحيوانات وبالتالي يجوز للإنسان تناول ما ينتج عنها من بيض ولبن.

ثانياً: ضابط: «الأصوات في الصلاة من جنس الحركات»^(١)

هذه الضابط يتعلق بصوت أصوات من المصلي فهل تبطل الصلاة بها أم لا؟ وللإجابة عن ذلك نبين معنى الضابط وأدلته وتحليله وتطبيقاته واستثناءاته.

١- معنى الضابط:

الأصوات: جمع صوت وهو معروف، وهو جرس الكلام، وهو جنس لكل ما وفر في أذن السامع^(٢). وعرفه الجرجاني بأنه: «كيفية قائمة بالهواء يحملها إلى الصَّامع»^(٣). والمراد بالأصوات في الضابط: الأصوات الحلقية التي تصدر من الإنسان: كالنحنة والسعال والتأوه، والأنين والتأوه وغير ذلك.

والحركات: جمع حركة، وهي خلاف السكون^(٤). والمراد بالحركات في الضابط: الأفعال الصادرة من المصلي أثناء الصلاة، وليست من جنس الصلاة.

والمعنى الإجمالي للضابط: أن الأصوات الحلقية الصادرة من المصلي أثناء الصلاة: كالنحنة والسعال والأنين والتأوه تنزلة الحركات التي تصدر عن المصلي، مما هي ليست من جنس الصلاة، فتأخذ حكمها، لا حكم الكلام؛ لأن هذه الأصوات لا تسمى

(١) القواعد للمقرئ ١/٢٧١.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢١/٤٨٢.

(٣) القواعد والضوابط عند ابن تيمية للميمان ٣٤٩، بحث للمؤلف بعنوان: «النجاسات المختلطة بالأعلاف وأثرها في المفتوحات الحيوانية» مجلة الشريعة جامعة الكويت.

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٢/٦٢٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٣١٨، المصباح المنير للفيومي ص ٤٧٨.

(٣) التعريفات للجرجاني ص ١٧٧.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ١٨٠.

كلاماً في اللغة، ولو حلف شخص أن لا يتكلم لم يحث بإصدار هذه الأصوات، إذ الكلام لابدّ فيه من لفظ دال على معنى دلالة وضعية، فلا تبطل الصلاة بالصوت اليسير، كما لا تبطل بالحركة اليسيرة. أما إذا كانت كثيرة فتبطل بها الصلاة.

٢- دليل هذا الضابط:

أ- ما روى عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: إن النبي ﷺ في صلاة كسوف الشمس نفخ في آخر سجوده فقال: «أف أف» ثم قال: رب ألم تعذني أن لا تعذبهم وأنا فيهم؟ ألم تعذني أن لا تعذبهم وهم يستغفرون؟^(١)

ب- ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: كان لي مع رسول الله ﷺ مدخلان: مدخل بالليل ومدخل بالنهار، فكنت إذا دخلت بالليل تتحنن^(٢).

ج- قوله ﷺ: «التأؤب من الشيطان، فإن تأؤب أحدكم فليرده ما استطاع»^(٣).

٣- تطبيقات هذا الضابط ومستثنائاته:

من تطبيقات هذا الضابط الفقهية^(٤):

أ- التأوه والأثين والتأؤب والبكاء في الصلاة لا يبطلها؛ لأنها ليست كلاماً.

ب- النحنة في أثناء الصلاة لا تبطل الصلاة، ولو قصد بها شيئاً؛ لأنها لا تدل على معنى بنفسها أو وضعها، ولا مع غيرها من الألفاظ.

ج- الفخ في أثناء الصلاة لا يبطلها.

ويستثنى من هذا الضابط: الفقهية فهي تبطل الصلاة مع أنها أصوات حلقية يسيرة. ووجه الاستثناء أن الفقهية فيها أصوات عالية تنافي حال الصلاة، وتنافي الخشوع

الواجب في الصلاة، فهي كالصوت العالي الممتد الذي لا حرف معه. وأيضاً فإن فيها من الاستخفاف بالصلاة والتلاعب بها ما يناقض مقصودها.

ثالثاً: ضابط: «الموطن الزكوي للمال هو حدود الإقليم عرفاً، وهو الذي يوجد فيه المال، مهما تباعدت نواحيه وقراره».

هذا الضابط مهم في الزكاة؛ لأنه يتعلق بتحديد الموطن الزكوي الذي تدور عليه مسألة نقل الزكاة، إذ تحديده نستطيع أن نميز بين ما يعدّ نقلاً، وما لا يعدّ نقلاً. ولإدراك أهميته نبين معنى الضابط وأدلته وتحليله وتطبيقاته.

١- معنى الضابط:

الموطن في اللغة: «من وطن بالمكان إذا اتخذهُ وطناً، وأوطنت الأرض اتخذتها وطناً، والوطن محل الإنسان ومقره، كما يطلق على مراض الغنم الوطن»^(١). والمراد بالموطن الزكوي للمال هو بلد وجوب الزكاة في المال. كما قال الشيخ القليوبي: «محل الوجوب كالقرية، والحلة، ومحل الإقامة لذئ الخيام، والسفينة لمن فيها»^(٢).

والإقليم: القطعة من الأرض. قال الأزهري وأحسبه عربياً، وقال الجواليقي ليس بعربي محض. والإقليم في العرف ما يختص باسم ويتميز به عن غيره فمصر إقليم والشام إقليم واليمن إقليم^(٣).

والمعنى الاجمالي للضابط: أن الموطن الزكوي للمال الذي تجب فيه الزكاة هو الإقليم، فلا تنقل زكاة ذلك المال من إقليم إلى إقليم، ولكن تنقل من ناحية إلى ناحية داخل الإقليم، وإن كان بينهما أكثر من مسافة القصر^(٤).

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٢٠/٦، المصباح المنير للقيومي ص ٩١٥.

(٢) حاشية قليوبي ٢٠٢/٣.

(٣) المصباح المنير للقيومي ص ٧٠٧.

(٤) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية للبلعي ص ٩٩.

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي، كتاب الكسوف ١٤٩/٣.

(٢) سنن النسائي، مع شرح السيوطي، كتاب السهو، ١٢/٣.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب (١٢٥)، ٧/ ١٢٤.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٢٢/٢٢.

يستدل لهذا الضابط بأن النبي ﷺ كان يستدعي الصدقات من الأعراب إلى المدينة، ويصرفها في فقراء المهاجرين والأنصار. فقد روي عن عبد الله بن هلال الثقفي قال: «جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: كدت أقتل بعكك في عناق أو شاة من الصدقة، فقال ﷺ: «لولا أنها تمنعني فقراء المهاجرين ما أخذتها»^(١). ولأن الزكاة كانت تحمل إلى أبي بكر الصديق وإلى عمر بن الخطاب رضي الله عنهما من غير المدينة. ويؤيد ذلك ما روى أبو عبيد عن عدى بن حاتم أنه حمل صدقات قومه بعد النبي ﷺ إلى أبي بكر في أيام الردة^(٢). وروى الجصاص أن عدى بن حاتم والزبرقان بن بدر نقلا صدقات قومهما إلى أبي بكر من بلاد طيء وبلاد بني تميم فاستعان بها على قتال أهل الردة^(٣). وروى أبو عبيد عن عمر بن الخطاب حين قال لابن أبي ذباب وبعثه بعد عام الرمادة فقال: «اعقل عليهم عقابن فاقسم فيهم أحدهما واتني بالآخر»^(٤). ويرجع في تحديد الإقليم إلى العرف.

٣- قيود الضابط :

لإعمال هذا الضابط لابد من التحقق من القيود التالية :

أ- يتقيد الموطن الزكوي للمال الذي تجب فيه الزكاة بمكان وجود المال وليس بمكان المالك، فقد اتفق الفقهاء على أن الموطن الزكوي للثروة الزراعية والحيوانية هو مكان المال، فتوزع الزكاة على فقراء ذلك الموضع، ولو كان المالك ببعد آخر؛ لأن تلك الأموال سبب لوجوب الزكاة، فوجب إخراجها حيث وجد السبب، ولأن أطماع أصناف المستحقين تمتد إلى هذه الأموال والثلث يوحشهم. واختلفوا فيما عدا ذلك من النقود

وعروض التجارة. والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة. من أن الموطن الزكوي لها هو مكان المال لا المالك^(١). لما بينت سابقاً.

ب- يتحدد الموطن الزكوي للمال بالإقليم عرفاً، ولا يتحدد بمسافة القصر كما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة^(٢). لعدم وجود دليل على ذلك. والأولى اعتباره بالعرف عملاً بقاعدة: «العادة محكمة».

٤- تطبيقات الضابط ومستثنياته :

يتفرع على هذا الضابط عدة فروع فقهية منها^(٣):

أ- الأصل في توزيع زكاة المال أن توزع في موطنها الزكوي، ولا تنقل منه إلا لمصلحة راجحة: كوجود قريب محتاج أو من هو أشد حاجة أو من هو أنفع للمسلمين: كطلبة العلم الذين يدرسون في الخارج، أو للجهاد في سبيل الله

ب- الموطن الزكوي للدين هو بلد الدائن وبلد المدين وللدائن أن يتخير بينهما؛ لأن الدين مال ثابت في الذمة لا يوصف بأن له محلاً مخصوصاً، ولا تمتد إليه أطماع المستحقين.

ج- الموطن الزكوي لمال ذوي الخيام أو أهل البادية الذين لا يستقرون بموضع معين، وإنما ينتقلون من موضع إلى موضع آخر تبعاً للماء والكلأ هو أقرب البلاد إليهم.

د- الموطن الزكوي لزكاة الفطر هو إقليم المخرج للزكاة؛ لأنها لا تتعلق بمال معين، وإنما تتعلق بذمة المخرج.

(١) حاشية ابن عابدين ٣٥٣/٢، حاشية الدسوقي ٥٠٠/١، مغني المحتاج للشربيني ١١٨/٣، كشاف القناع للبهوتي ٢٦٤/٢.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) بحث للمؤلف بعنوان: «نقل الزكاة من موطنها الزكوي» ضمن كتاب أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة ٤٥١/١.

(١) سنن النسائي بشرح السيوطي ٣٤/٥، نيل الأوطار للشوكاني ١٧١/٤
(٢) الأموال لأبي عبيد ص ٧٨٩.
(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/١٣٧.
(٤) الأموال لأبي عبيد ص ٧٨٩.

والمنازعة لغة: من نازع في كذا منازعة ونزاعاً خاصم، وتنازع القوم في كذا اختلَفوا^(١).

والمعنى الإجمالي للضابط: أن الجهالة في العقد نوعان:

جهالة مفضية إلى المنازعة: تمنع من التسليم والتسلم، كما لو قال شخص لآخر: بعك جميع ما في هذه القرية بمليون دينار، فهذه جهالة فاحشة لا يحصل بها المقصود من العقد، فكان العقد عبثاً فلا يصح: والنوع الثاني: جهالة غير مفضية إلى المنازعة بحيث يوجد التسليم والتسلم، ويحصل المقصود من العقد: كبيع دار بأساساتها، فالأساسات مجهولة، ولكن لا تمنع التسليم والتسلم، فيصح العقد.

وذكر القرافي نوعاً ثالثاً من الجهالة، وهو المتوسط الذي يحتاج إلى نظر وتأمل، هل يلحق بالنوع الأول أو بالنوع الثاني. وقد اعتبره القرافي سبب اختلاف العلماء في فروغ الجهالة^(٢).

٢- أدلة الضابط:

يستند هذا الضابط إلى الأحاديث التي تنهى عن بيع الآبق وبيع السمك في الماء وبيع الغرر. ومن ذلك ما روي عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصة»^(٣). وقوله ﷺ: «لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر»^(٤). فإن بيعها إنما منع لعدم القدرة على التسليم.

٣- أنواع الجهالة في الضابط:

الجهالة الواردة في هذا الضابط إما أن تكون في المبيع وإما أن تكون في الثمن.

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٨٢٤.

(٢) الفروق للقرافي ٤٣٣/٣.

(٣) صحيح مسلم، كتاب البيوع، رقم (٤)، ١١٥٣/٣.

(٤) مسند أحمد ٢٨٨/١.

المبحث الثاني

الضوابط الفقهية في المعاملات المالية

المعاملات المالية: هي الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال. وهي تشمل المعاولات: من بيع وإجارة، كما تشمل التبرعات: من هبة ووقف. والإسقاطات: كالإبراء من الدين، والمشاركات والتوقيعات: من رهن وكفالة وحوالة. وفيما يلي بيان لبعض الضوابط الفقهية المتعلقة بالمعاملات المالية.

أولاً: ضابط: «إن جهالة المبيع أو الثمن إنما توجب فساد العقد إذا كانت مفضية إلى المنازعة من التسليم والتسلم، أما إذا لم تكن مفضية فلا؛ لأن الجهالة لا تؤثر في العقد لذاتها، وإنما تؤثر لإفضائها إلى المنازعة»^(١)

هذا الضابط يتعلق بالجهالة المؤثرة في عقد البيع وغير المؤثرة فيه. وفيما يلي بيان معنى الضابط وتحليله وتطبيقاته.

١- معنى الضابط:

الجهالة لغة: مأخوذة من الجهل، وهو ضد العلم^(٢).

والجهالة في الاصطلاح: «ما علم حصوله وطوي عنا المراد منه أو جنسه أو نوعه أو صفته أو مقداره أو وقت وجوده»^(٣).

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحميري للندوي ٤٢٩. وانظر: أيضاً: بدائع الصنائع للكاظمي ١٨٠/٤.

(٢) المصباح المنير للفيومي ص ١٥٦.

(٣) الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات لعبد الله الصيفي ص ١٠.

أ- فالجهالة في المبيع قد تكون في الذات: كأن يقول بعتك شاة من هذا القطيع دون أن يحددها. وقد تكون في الجنس: كقول البائع للمشتري: بعتك سلعة دون أن يسميها، وهي من أفحش أنواع الجهالة. والجهالة في النوع: كقول البائع للمشتري: بعتك قطاراً من حنطة. والمعروف أن الحنطة أنواع. والجهالة في الصفة: كقول البائع للمشتري: بعتك قطاراً من الأرز المصري دون أن يحدد صفته: هل هو من الجيد أو الردي. والجهالة في المقدار: كأن يبيع البائع صبرة قمح دون معرفة مقدارها. ويلحق بهذا النوع بيع الجزاف الوارد تفصيله في البيع.

ب- والجهالة في الثمن قد تكون في المقدار، وقد تكون في الصفة أو الوصف، وذلك في البلاد التي توجد فيها نقود متساوية في الرواج والتعامل ومختلفة في القيمة كالدينار العراقي السويسري والدينار العراقي المصور، فإن عدم تحديد الوصف جهالة مقضية إلى المنازعة.

أما إذا كانت النقود واحدة كالدينار الأردني فلا يحتاج إلى ذكر الوصف؛ لأن ذكر الدينار يكفي وينصرف إلى غالب نقد البلد؛ لأنه هو النقد المتعارف عليه بين الناس.

٤- الحكم الكلي للضابط: فساد العقد بالجهالة الفاحشة المقضية إلى المنازعة التي تمنع من التسليم والتسليم. وعدم فساد بالجهالة البسيطة التي لم تقض إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم.

٥- تطبيقات هذا الضابط:

يدخل تحت هذا الضابط فروع كثيرة في أبواب البيوع نذكر منها^(١):

أ- رجل له عشرة من الغنم، وضرب حنطة فيها عشرة أقرعة، فباعها من رجل آخر على أن كل قفيز وشاة بعشرة دراهم، فإن كانت الغنم عشرة والأقرعة عشرة كان البيع

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصري للتدوي ص ٤٣٠.

جائزاً؛ لأن جملة المبيع معلوم وهو عشرة أغنام بأعيانها وعشرة أقرعة من الصبرة الواحدة لا تنفاوت، وهي معلومة بالإشارة إليها. ولا يقال كل قفيز وكل شاة منها مجهول جهالة تفسد العقد. لأن هذه الجهالة لا تقضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم. لأن كل شاة من العشر وكل قفيز عندهما البائع مبيعاً بثمن محدد، فلا يجوز للمشتري أن يمتنع عن تسليم المبيع.

ب- لو قال رجل لآخر: بعتك أحد القميصين بخمسة دنانير جاز، لأنه أشار إلى المبيع وعينه، فلا يفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسليم.

ثانياً: ضابط: «إن الدينين إذا اتفقا جنساً ووصفاً: أحدهما للرجل على صاحبه، والآخر لصاحبه عليه وقعت المقاصة بينهما تقاصاً أو لم يتقاصاً؛ لأنه لا فائدة في بقائهما»^(٢).

هذا الضابط يتعلق بالمقاصة بين الدينين، وهي طريق من طرق استيفاء الحق في الفقه الإسلامي. وفيما يلي بيان لمعنى الضابط وأدلته وتحليله وتطبيقاته.

١- معنى الضابط:

المقاصة لغة: من قص الشيء قصاً بمعنى قطعه، ومنه قصصت الأثر تبعته، وقاصصته مقاصة إذا كان لك على شخص دين مثل ما له عليك، فجعلت الدين في مقابلة الدين^(٣). ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للمقاصة عن المعنى اللغوي لها فهي: «إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك»^(٤) وعرفها الشيخ زروق في

(١) القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحصري للتدوي ص ٣٣٣.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١١/٥، المصباح المنير للفيومي ص ٦٩٣.

(٣) المقاصة في الفقه الإسلامي لمذكور ص ٥، ضمن مجلة القانون والاقتصاد، العددان: الأول والثاني عام ١٩٥٨.

شرح رسالة ابن أبي زيد بأنها: «جعل ما لك فيما عليك إذا تساوى الدينان أو في بعضه عند وجوبه بقدره إن تراضيا عليه»^(١).

ومعنى الضابط: أن من ثبت له على غريمه مثل ما للغريم عليه من الدين جنساً وصفة وحولاً وقعت المقاصة، وتساقط الدينان إن كانا متساوين في المقدار وإن تفاوتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة. فإذا توافرت الشروط من الاتفاق في الجنس والوصف، فإن المقاصة تقع بنفسها بمجرد التلاقي، ولا تتوقف على تراضي الدائنين، على طلب من أحدهما. هذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب^(٢). في حين ذهب المالكية إلى عدم جواز المقاصة الإيجابية^(٣).

٢- أدلة الضابط:

استدل الجمهور لجواز المقاصة الإيجابية بعدة أدلة منها^(٤):

أ- أن مطالبة أحد الدائنين للآخر بمثل ما عليه من الدين عبث لا فائدة فيه، ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية تنكر العبث.

ب- القياس على ما إذا كان لوارث وحيد دين على مورثة، فمات المورث سقط دين الوارث، ولا يؤمر بتسلمه لعدم الفائدة في قبضه، وتبرأ ذمة المورث المدين؛ لأن كل التركة انتقلت إلى الوارث.

ومما لاشك فيه أن جواز المقاصة الجبرية يتفق مع المنطق المستقيم والمنهج السليم، وهو يتماشى مع روح الشريعة ومقاصدها، وعليه عمل الناس في كثير من البلدان اليوم.

(١) المرجع السابق.

(٢) المبسوط للرحسي ٢٠/١٤، مغني المحتاج للشريني الخطيب ٥٣٤/٤، الإنصاف للرداوي ١٠٤/٥.

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٥٤٨/٤.

(٤) المقاصة في الفقه الإسلامي لمذكور ص ٢٠.

٣- القيود الواردة في الضابط:

مما تجدر الإشارة إليه أن المقاصة في الفقه الإسلامي نوعان: مقاصة جبرية: وهي التي بينها هذا الضابط، ومقاصة اختيارية (اتفاقية) وهي: التي تحصل بتراضي المتنازعين شريطة أن لا يترتب عليها محظور شرعي^(١).

وأما المقاصة الإجبارية - محل الضابط - فهي التي تقع بنفسها دون توقف على تراضي الطرفين، ولا على طلب أحدهما^(٢): كأن يقترض زيد من بكر ألف دينار لمدة سنة، ثم يبيع بكر لزيد سيارة بثمن مؤجل لسنة بألف دينار وقعت المقاصة بين هذين الدينين بمجرد ثبوت الدين الثاني في ذمة بكر، ودون طلب من أحدهما. ويشترط لثبوت هذه المقاصة عدة شروط منها:

أ- اتحاد جنس الدينين، فلا تقع المقاصة الجبرية إذا كان الدينان من جنسين مختلفين، كآلف دينار أردني، وثلاثة آلاف دولار أمريكي.

ب- اتحاد الدينين في الوصف من جودة ورداءة، فإذا اختلفا لا تقع المقاصة الإجبارية.

ج- اتحاد الدينين في الحلول أو التأجيل.

فإذا كان الدينان حاليين وقعت المقاصة الإجبارية بلا خلاف. أما إذا كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً فقد اختلف الفقهاء في وقوع المقاصة الإجبارية فلا تقع عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية في المشهور عندهم. وهو الراجح. وكذلك إذا كانا مؤجلين واختلف أجلهما فلا تقع المقاصة عند جمهور الفقهاء خلافاً للمالكية في المشهور والحنابلة والإمام الشافعي^(٣). وهو الراجح؛ لأنه لا فائدة من الانتظار حتى يحين الأجل.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦/٣٨٠.

(٢) المقاصة في الفقه الإسلامي لمذكور ص ١٦.

(٣) البحر الرائق ٧/٢٣٣، حاشية الخرخشي ٥/٢٣٣، روضة الطالبين للنووي ١٢/٢٧٣، مطالب أولي النهي ٣/٢٣٥.

توجد عدة فروع فقهية تدرج تحت هذا الضابط^(١).

أ- اعتبر الحنفية الذناير والدراهم جنساً واحداً في كثير من الأحكام ولذلك تقع المقاصة الجبرية بينهما في حين ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الذناير والدراهم جنسان فلا تقع المقاصة الجبرية بينهما لاختلاف الجنس وهو الراجح.

ب- الأوراق التجارية من شبكات سياحية وبطاقات الفيزا لا تعتبر نقوداً، وإنما هي مجرد أمر صادر من صاحب الوديعة في البنك لذلك البنك أن يدفع مبلغاً من النقود للمستفيد الذين عينه مصدر الشيك، ويحق لأي فرد أن يمتنع عن قبول تلك الأوراق، فلا تعتبر من جنس الأوراق النقدية، وبالتالي لا تقع المقاصة الجبرية بها.

ج- لو أحرق زيد ألف كيلو قمح ل بكر وكان لزيد على بكر ألف كيلو قمح. فإذا كان القمح الذي أحرقه زيد مساوياً في الصفة لما له؛ وقعت المقاصة الإجمالية وإلا فلا.

ثالثاً: ضابط: «إن كل ما كان حقاً، صاحبه عامل فيه لنفسه، وكان قائماً حين الإسقاط خالصاً للصقطة أو غالباً، ولم يترتب على إسقاطه تغيير وضع شرعي، وليس متعلقاً بتملك عين على وجه متأكد، يسقط بالإسقاط، وما لا فلا»^(٢).

هذا الضابط ذكره الشيخ أحمد الزرقاء إذ توصل إليه بعد إعمال الفكر وإجالة النظر في فروع قاعدة: «الساقط لا يعود كما أن المعلوم لا يعود» وفيما يلي بيان لمعنى الضابط وما تضمنه من قيود وتطبيقاته.

- (١) البدائع للكاظمي ٣١١٩/٧، مواهب الجليل للحطاب ١٩٩/٦.
- (٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ٢٠٩، وانظر أيضاً ترجمة الشيخ أحمد الزرقاء للشيخ عبد الفتاح أو غده ضمن كتاب: «تراجم ستة من فقهاء العالم الإسلامي» ص ١٠١.

الإسقاط في اللغة: من سقط الشيء يسقط سقوطاً بمعنى الرفع والإزالة، فيقال: أسقط الفارس اسمه من الديوان أي رفعه وأزاله. وسقط الفرض أي سقط طلبه والأمر به^(١). والإسقاط في الاصطلاح: هو «إزالة الملك أو الحق لا إلى مالك أو مستحق تقريباً إلى الله تعالى بصيغة مخصوصة»^(٢).

وبعبارة أخرى: «هو إزالة الحق الثابت نهائياً مع عدم نقله لغير المختص به سواء أكانت هذه الإزالة بعوض أم بغير عوض»^(٣).

والحق في اللغة: نقيض الباطل، وهو مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت أو وجب وأصله في اللغة بدل على إحكام الشيء وصحته. وهو يطلق على المال والملك والموجود الثابت والنصيب والواجب واليقين^(٤).

والحق في الاصطلاح: «اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً»^(٥) كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته فإنه سلطة، وحق البائع في طلب الثمن من المشتري فإنه تكليف.

والمعنى الإجمالي للضابط هو: أن الحقوق التي تقبل الإسقاط من صاحبها هي ما توافرت فيها الشروط التالية: أن تكون موجودة وقائمة عند الإسقاط فلا يصح إسقاط حق قبل وجوده. وأن لا يكون الحق عيناً من الأعيان لأن إسقاط الأعيان لا يفيد زوال الملك، وأن تكون قابلة للإسقاط شرعاً، فلا يؤدي إلى تغيير وضع شرعي، وأن يكون خالصاً لصاحبه، فلا يجوز إسقاط حق تعلق به حق للغير.

- (١) المصباح المنير للقيومي ص ٣٨٠.
- (٢) نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي لأحمد شليبيك ص ٩.
- (٣) انقضاء الحق بالوفاء لملي محمد الشريف ص ٩٨ نقلاً عن نظرية الإسقاط ص ١٠.
- (٤) القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ١١٢٩، معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٥/٢.
- (٥) المدخل الفقهي العام للزرقاء ١٠/٣.

يستدل لجواز إسقاط الإنسان حقوقه بعدة أدلة من القرآن والسنة

أ- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ لَكُمْ بِالْحَيِّ وَالْعَمْدِ وَالْقَبْرِ وَالْأَنْفِ بِالْأَنْفِ مَنْ عَفَى لَكُمْ مِنْ أَخِيهِمْ فَإِنَّكَ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ مَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَكَفَّ عَذَابُ إِلَهٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]. فهي تدل على أن لولي الدم أن يسقط حقه في القصاص ويأخذ الدية من القاتل.

ب- قوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَلْفُتُمْهُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُمْ وَفَدَّ قَرْضُهُمْ عَنْ قَرْضِهِمْ قَرْضًا مَّا قَرْضُهُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفِرَ أَوْ يَمُوتُوا أَلَمْ يَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَبْذُرُ بِيَدِهِ عَقْدَةَ الرِّجَالِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا أَلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فهي تدل على أن للمطلقة أن تعفو عن حقها في الميراث، وهو إسقاط لحقها.

ج- وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَكُونَ دُورُكُمْ فَتَنْظَرُ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

فهي تدل على إسقاط الدين عن المدين المعسر خير من الإنتظار إلى الميسرة وأكثر نواباً.

د- وروي عن أبي قتادة أنه طلب غريماً له فتواري عنه ثم وجده فقال: إني معسر. فقال إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من سره أن ينجي الله من كرب يوم القيامة فليفس عن معسر أو يضع عنه»^(١). وفي رواية عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «من أنظر معسراً أو وضع له، أظله الله يوم القيامة تحت ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله»^(٢).

(١) صحيح مسلم، كتاب المساقاة، رقم (٣٢)، ١١٩٦/٣.

(٢) سنن الترمذي، كتاب البيوع، باب (٦٧)، ٥٩٩/٣، وقال: حسن صحيح

٣- القيود الواردة في الضابط.

لإعمال هذا الضابط لابد من توفر الشروط والقيود المتعلقة بالإسقاط. ولما كان الإسقاط معاملة من المعاملات المالية التي تتكون من الصيغة (الإيجاب والقبول)، والمسقط، والمسقط عنه، ومحل الإسقاط وهو الحق الذي يرد عليه الإسقاط وعوض الإسقاط في الإسقاطات التي تقابل بعوض فيشترط فيها عدة شروط وهي^(١):

أ- يشترط في المسقط (بكرس القاف) أن يكون أهلاً للتبرع والتصرف بأن يكون بالغاً عاقلأ غير محجور عليه لفسه أو دين. فلا يصح إسقاط الصبي سواء أكان مميزاً أم غير مميز عند جمهور الفقهاء كما لا يصح إسقاط المجنون والفسيه، كما يشترط في المسقط أن يكون مختاراً، فلا يصح إسقاط المكره. كما يشترط فيه أن يكون مالكاً لما يتصرف فيه عاملاً فيه لنفسه، فلا يصح إسقاط من يعمل فيه لغيره: كناظر الوقت، والموظف؛ والوكيل فيما وكل به، فإن أصحاب هذه الحقوق عاملون لغيرهم، فلا تسقط بالإسقاط.

ب- ويشترط في المسقط عنه أن يكون معلوماً، معيناً، موجوداً وقت الإسقاط، فلا يصح الإسقاط لمجهول أو ميت.

ج- ويشترط في محل الإسقاط (الحق) أن يكون موجوداً عند الإسقاط وقائماً، فلا يصح الإسقاط عن الحق قبل وجوده: كإسقاط حق الشفعة قبل وجوبها، وإسقاط الزوجة نفقتها عن زمن مستقبل.

كما يشترط في الحق أن لا يكون عيناً من الأعيان، لأن إسقاط الأعيان لا يفيد زوال الملك عن العين: كأن يقول شخص: أسقطت ملكي في هذه الدار، أو قول الوارث: أسقطت حقي من الميراث.

كما يشترط في الحق أن يكون قابلاً للإسقاط شرعاً، فلا يصح إسقاط الحقوق التي قررها الشارع لصحة المعاملات: مثل حق رب السلم في لزوم تسليم المسلم فيه في

(١) نظرية الإسقاط لتشليك ص ٣٤-١٥٧، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ٢٠٩.

المكان المعين في عقد السلم، وحق المسلم إليه في قبض الثمن في مجلس العقد، وحق خيار الرؤية بعد الرؤية، فإنها لا تسقط بالإسقاط؛ لأنها حق الشرع.

كما يشترط في الحق أن يكون خالصاً للمسقط فلا يجوز إسقاط حق تعلق به حق للغير، كما في الحدود والتعازير. وكذلك حق الرجوع في الهبة وحق المستحق في الوقف بعد بدو الغلة قبل حصولها في يد المتولى، فإنهما لا يسقطان بالإسقاط.

المبحث الثالث

الضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية

الأحوال الشخصية مصطلح معاصر يطلق على الأحكام التي تنظم علاقة الإنسان بأسرته، وهو يقابل الأحكام المدنية التي تنظم علاقة الإنسان بأفراد المجتمع. ويندرج تحت هذا المصطلح الزواج والطلاق والإرث والنسب ونفقة الأقارب والوصايا بين الأقارب. ولما كانت الضوابط الفقهية المتعلقة بالأحوال الشخصية كثيرة ومتنوعة تبعاً لتنوع موضوعات الأحوال الشخصية فلا بد من الاختصار على بعض النماذج.

أولاً: ضابط: «العيوب الموجبة للفسخ في النكاح إذا علمت بها المرأة قبل النكاح فلا خيار إلا في العنة على الأصح»^(١)

هذا الضابط يتعلق بالعيوب الموجودة في الزوج وأثرها في فسخ عقد الزواج. فإذا علمت الزوجة بتلك العيوب قبل عقد الزواج، ورضيت بها لم تعط حق فسخ عقد الزواج إلا في حالة العنة عند بعض الفقهاء. وفيما يلي بيان لمفردات الضابط وقبوه وتطبيقاته.

١- مفردات الضابط.

العيوب: جمع عيب وهو في اللغة من عاب المتاع عيباً، وعاب فلان فلاناً يعيبه. والاسم العيب، وهو الشين أو الرداءة^(٢).

والعيب في الاصطلاح: القبصة في الشيء التي يخلو منها الخلق السليم^(٣).

والعيوب في النكاح منها ما يتعلق بالزوج، ومنها ما يتعلق بالزوجة. فعيوب الزوج هي

(١) الأشياء والنظائر للسيوطي ص ٤٧٦.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨٩/٤، المصباح المنير للفيومي ص ٦٠١.

(٣) معجم لغة الفقهاء لقلعجي وثنيي ص ٣٢٥.

الجَب (١) والمُتَّة (٢) والخصاء (٣). وعيوب الزوجة: الرتق (٤) والقرن (٥) والعفل (٦) وغير ذلك. هذا بالإضافة إلى أن هناك عيوباً مشتركة بين الزوجين، وهي كثيرة ومتنوعة. كالبرص والجذام (٧) والجنون والخنونة والعقم وغير ذلك.

والخيار في عقد الزواج: أن يكون لأحد العاقدين حق فسخ الزواج أو إمضائه.

٢- قيود الضابط:

يثبت خيار الفسخ والإمضاء في عقد الزواج للزوجة بالقيود التالية:

أ- وجود عيب في الرجل: كالجَب أو العتة أو الخصاء. ويستدل لذلك بإجماع الصحابة، وممن نقل الإجماع الماوردي والقاضي عياض. حيث قال القاضي عياض: «اتفق كافة العلماء على أن للمرأة حقاً في الجماع، فثبت لها الخيار إن تزوجت المجهول جاهلة به» (٨) كما استدلوها بالقياس على ثبوت الخيار في البيع إذا كان المبيع معيباً (٩).

ب- أن تكون المرأة جاهلة بالعيب عند العقد، وإلا إذا علمت ورضيت سقط حقها في خيار الفسخ قياساً على رضا المشتري بالعيب عند البيع، فإنه يمنع الرد وخيار الفسخ. ويستثنى من ذلك علم الزوجة بالعتة ورضاها، فإنه لا يسقط حق الخيار؛ لأن العتة تتغير بتغير المرأة والزمن.

ج- أن يكون العيب في الزوج قديماً أي قبل عقد الزواج أو يكون مقارناً له، فإن كان العيب طارئاً فلا خيار للزوجة عند الحنفية خلافاً للجمهور الذين يرون ثبوت حقها في الفسخ لتضررها بذلك (١). وهو الراجح.

٣- تطبيقات الضابط:

من تطبيقات هذا الضابط (٢):

أ- إذا علمت الزوجة عند عقد الزواج بما في الزوج من عيب: كالجَب والخصاء واختارت الإمضاء والمقام معه بطل حقها في فسخ عقد الزواج، ولم يكن لها خصومة في هذا النكاح؛ لأنها رضيت بالعيب فسقط خيارها.

ب- إذا اختلفت الزوجة مع الزوج في العلم بالعيب في الزوج فادعت الزوجة عدم العلم وادعى الزوج علمها، فالقول قول الزوجة وعلى الزوج إثبات ذلك العلم بالبين.

ثانياً: ضابط: «جميع أقارب الرجل من النسب حرام عليه إلا أربعة: بنات أعمامه، وأخواله، وعماته، وخالاته، بخلاف أوصاله فإن كل نساء الصهر حلال له إلا أربعة: حلالل الأباء، وحلالل الأبناء، وأمّهات النساء، وبناتهن» (٣).

هذا الضابط يحصر المحرمات في النكاح نسباً وصهرًا فالأصل في أقارب الرجل (أصوله وفروعه) الحرمه، ويستثنى من ذلك الأربعة المبينة في الضابط. والدليل على هذا الأصل قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخُوتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ ﴾ [النساء: ٢٣].

- (١) حاشية الطحاوي ٢/٢٠٩، بلغة السالك للصاوي ٢/٢٢٤، نهاية المحتاج للمزلي ٣/٢٥٥، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٨/٥٦٦.
- (٢) المراجع السابقة.
- (٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٦٥-٦٦.

- (١) الجَب: قطع العضو التناسلي من الذكر.
- (٢) المُتَّة: عجز الرجل عن الجماع لمرض أصابه.
- (٣) الخصاء: قطع بيضتي الرجل. وهما مصدر الحيوانات المنوية.
- (٤) الرتق: عضلة تخرج من فرج المرأة، فتزدي إلى سده.
- (٥) القرن: عظم أو غدة تخرج من فرج المرأة فتسده.
- (٦) العفل: زوائد لحمية تخرج من فرج المرأة فتسده.
- (٧) الجذام: مرض يصيب الإنسان تهافت منه الأطراف وينتثر اللحم من الفحيح.
- (٨) بدائع الصنائع ٢/٣٣٦، والمغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ٨/٥٦٦.
- (٩) حاشية ابن عابدين ٣/٢٢٦.

كما أن الأصل في أصهار الرجل الحل ، ويستثنى من ذلك الأربعة المبينة في الضابط .
والدليل على ما يستثنى من هذا الأصل : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخُوتُكُمْ وَعَمَوَاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلْفَى أَرْصَمَتْكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنْ الرِّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ أَلْفَى فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ أَلْفَى دَعَلَكُمْ بِهِنَ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَعَلَكُمْ بِهِنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلِيلُ آبَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ [النساء : ٢٣] وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّكُمْ كُنْتُمْ مِنْ قَبْلِهِ وَنَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ [النساء : ٢٢] فقد وصف الله تعالى زواج الابن من زوجة أبيه بالفحش والمقت لعظم إثمه وشدة بغض الله له . قال ابن كثير : « حرم الله تعالى زوجات الأب تكريماً لهم ، وإعظاماً واحتراماً أن توطأ من بعده ، حتى إنها لحرمة على الابن بمجرد العقد عليها ، وهذا أمر مجمع عليه »^(١) .

ثالثاً: ضابط: « كل فرقة بين الزوجين تعد طلاقاً إذا أوقعها الزوج ، أو نائبه ، أو فوض الطلاق إلى زوجته . وإن كل فرقة لم ينطق بها الزوج ولم يبردها أن تقع فأوقعت فهذه فرقة لا تسمى طلاقاً بل فسخاً »^(٢) .

هذا الضابط يتعلق بوضع حد فاصل بين ما يعد طلاقاً وما يعد فسخاً . فالفرقة التي جاءت من قبل الزوج أو فوضها إلى الزوجة أو وكل بها غيره فهي تعد طلاقاً .
ويدخل في ذلك :

١- التفريق للإضرار .

٢- تفريق الحكيمين بينهما .

٣- التفريق بسبب العيوب في أحد الزوجين .

٤- التفريق لإعسار الزوج بالنفقة أو الصداق .

٥- الإيلاء : وهو حلف الزوج بالله تعالى على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فصاعداً .

فهو يعتبر طلاقاً وإن أوقعه القاضي ؛ لأن الفرقة من جهة الزوج .

وأما الفرقة التي لم يبردها الزوج ولم ينطق بها فهي فسخ : كالفرقة بسبب الردة وإباء الإسلام ، وفساد عقد النكاح ، وبسبب اللعان وغير ذلك من وجود حالات طارئة على العقد تتنافى مع بقاء الزوجية واستمرارها .

ومن الآثار التي تترتب على التمييز بين الطلاق والفسخ^(١) :

١- أن فرقة الطلاق ينقص بها عدد الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته ، وهي ثلاث طلاقات . في حين أن فرقة الفسخ لا ينقص بها عدد الطلاقات التي يملكها الرجل على زوجته .

٢- أن فرقة الطلاق بما دون الثلاث يقع الطلاق على المرأة في عدتها لأن الطلاق لا ينقض العقد ولا يزيل الحل . في حين أن فرقة الفسخ بما دون الثلاث لا يقع الطلاق على المرأة في عدتها إلا ما يكون بسبب الردة عن الإسلام أو الإباء عن الإسلام ؛ لأن الطلاق أثر لعقد النكاح ، وقد نقض العقد فلا يثبت طلاق بعد ذلك .

(١) تفسير ابن كثير ٢/ ٣٣٢ .

(٢) الام للشافعي ٥/ ١١٩ .

(١) فرق النكاح لحسين الجبوري ص ٦

المبحث الرابع

الضوابط الفقهية في الجنايات

الجنايات: جمع جناية وهي في اللغة مصدر جنى أي أذنب ذنباً يؤاخذ به^(١). وهي بالمعنى العام: كل فعل محظور يتضمن ضرراً على النفس أو غيرها^(٢). وخصها الفقهاء بالجرح والقطع والمتعلقين بالنفس الإنسانية^(٣). والمراد بها هنا المعنى العام وهو: «الفعل أو الترك أو التسبب إذا أضر بالنفس أو غيرها واستوجب عقوبة دنيوية»^(٤). ويندرج تحت الجنايات ما يتعلق بالقصاص والحدود والتعزيرات. والضوابط في هذا الموضوع كثيرة ومتنوعة سوف اقتصر على ذكر بعضها.

أولاً: ضابط: «كل قتل عمد عدوان على غرة أو على وجه الخداع والمخاتلة، بحيث تتعذر معه الإغاثة لغرض عام يقصد القاتل من مال أو عرض أو نحو ذلك»^(٥):

هذا الضابط يتعلق بقتل الغيلة وعقوبته. والغيلة في اللغة من غول، وهو يدل في أصل اللغة على ختل وأخذ من حيث لا يدرى، يقال غاله يغوله أخذه من حيث لم يدر. والغول كل ما اغتال الشيء فأهلكه^(٦). وقتل الغيلة: هو أن يخدع شخصاً حتى يصير به إلى موضع خفي فيقتله^(٧). وبعبارة أخرى: هو القتل على غرة كالذي يخدع إنساناً،

فيدخله بيتاً أو نحوه أو غيره^(٨). واعتبره التسولي المالكي نوعاً من أنواع الحرابة، وهو أن يقتله لأخذ ماله أو زوجته أو ابنته، وكذا لو خدع كبيراً أو صغيراً فيدخله موضعاً خالياً ليقنتله أو يأخذ ماله. ومخادع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه^(٩). وقال ابن تيمية في التمثيل له: مثل الذي يجلس في خان يكره لأبناء السبيل فإذا انفرد يقوم منهم قتلهم وأخذ أموالهم، أو يدعو إلى منزلة من يستأجره لخطابة أو طب أو نحو ذلك فيقتله ويأخذ ماله فهذا يسمى قتل الغيلة^(١٠).

ومن قيود هذا الضابط:

١- القتل العمد على وجه الخداع والمخاتلة، ويؤيد ذلك حديث العرنين. عن أنس مالك رضي الله عنه قال: قدم رهط من غربة وعكل على النبي ﷺ فاجتووا فشكوا ذلك إلى النبي ﷺ، فقال: لو خرجتم إلى إبل الصدقة فشرتم من أبوالها وألبانها، ففعلوا فلما صحوا عمدوا إلى الرعاة، فقتلوهم واستاقوا الإبل، وحاربوا الله ورسوله، فبعث رسول الله ﷺ في آثارهم، فأخذوهم فقطع أيدهم وأرجلهم وسمل أعينهم وألقاهم في الشمس حتى ماتوا^(١١). فهذا الحديث يدل على أن هؤلاء قتلوا الرعاة قتل غيلة وغدر وخداع ومخاتلة.

٢- أن يكون القتل بقصد أخذ المال أو العرض أو غير ذلك كما أشار حديث العرنين السابق.

٣- أن يتم القتل في مكان يتعذر فيه الإغاثة، كما أشار إلى ذلك حديث العرنين، حيث استفرد العرنين بالرعاة في الصحراء، وهي مكان يتعذر فيه الإغاثة.

- (١) مطالب أولى النهي للرحياني ٣٩/٦.
- (٢) الهجة شرح التحفة للتسولي ٢/٣٧٣.
- (٣) السياسة الشرعية لابن تيمية ضمن مجموع الفتاوى ٣١٦/٢٨.
- (٤) صحيح البخاري كتاب الحدود، باب (١٥)، ١٨/٨.

- (١) المصباح المنير للقيومي ص ١٥٤.
- (٢) معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد المنعم ٥٤١/١.
- (٣) المصباح المنير للقيومي ص ١٥٤.
- (٤) معجم لغة الفقهاء لقلمجي وقنبي ص ١٦٧.
- (٥) أحكام الجناية على النفس عند ابن القيم ل بكر أبو زيد ص ١٠٤.
- (٦) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٤/٤٠٢، المصباح المنير للقيومي ص ٦٢٦.
- (٧) فتح الباري لابن حجر ١٢/٢٢٧.

وقد رتب حديث العرنين على هذه الجناية عقوبة حدية لا يسقطها عفو ولي الدم، ولا تعتبر فيها المكافأة كما ذهب إليه المالكية والحنابلة لعدم إمكان التحرز من القاتل^(١).

ثانياً: ضابط: «إن الحرز معتبر في الأشياء حسب ما تعارفه الناس في حرز مثله»^(٢).

هذا الضابط يتعلق بحرز المال المسروق، فلا يعد أخذ مال الغير سرقة إلا إذا كان هذا المال بالغاً النصاب ومحزراً بحرز مثله، فإن أخذ من غير حرز فلا قطع على أخذه. والحرز في اللغة: هو الحفظ والحفظ. وحرز المال هو المكان الذي يحفظ فيه عادة كالدار^(٣). ويؤيد اشتراط الحرز ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: سمعت رجلاً من مزينة سأل رسول الله ﷺ عن الحريسة التي توجد في مراتعها؟ قال: فيها ثمنها مرتين وضرب نكال، وما أخذ في عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن. قال يا رسول الله فالثمن وما أخذ منها في أكمامها؟ قال: من أخذ بغمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء، ومن احتمل فعله ثمنه مرتين وضرب نكال، وما أخذ من أجرانه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن^(٤). فقد أسقط النبي ﷺ القطع عن سارق الحريسة إلا ما كان منها محزراً في عطنه، وأسقط القطع عن سارق الثمر إلا ما كان منه محزراً في جرنه، فدل ذلك على أن الحرز شرط في القطع، ولأن القطع وجب لصيانة الأموال على أربابها قطعاً لأطماع السارق عن أموال الناس، والناس إنما تميل إلى ما له خطر القلوب وغير المحرز لا خطر له في القلوب عادة. فلا تميل الأطماع فلا حاجة إلى الصيانة بالقطع^(٥).

(١) البهجة شرح النخلة للتسولي ٢/٣٧٣، مطالب أولى النهي للرحبياني ٣٩/٦.

(٢) معالم السنن للخطابي ٣/٣٠٦.

(٣) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢/٣٨، المصباح المنير للفيومي ص ١٧٧.

(٤) مسند أحمد بن حنبل ٢/١٨٠.

(٥) بدائع الصنائع للكانسي ٧/٧٣.

ومن الأمثلة على الحرز الحوانيت والمتاجر في الأسواق حرز لما فيها من بضاعة. وأرصفت الأسواق لا تعد حرزاً للبضاعة التي عليها إلا بشروط وهي^(١) أن تكون البضاعة ثقيلة يصعب حملها، وأن تضم البضاعة بعضها إلى بعض، بحيث يدل حالها على وحدتها واستقلالها. وأن يوضع عليها ما يدل على حفظها كغطاء أو شدها بحبل.

ثالثاً: ضابط: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام، وما أسكر كثيره فقليله حرام»^(٢).

هذا الضابط يتعلق بالمسكرات والمخدرات، فيحرم كل ما أسكر، وإذا أسكر كثيره فقليله حرام. ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْأَسْهَابُ وَالْأَنكُمُ يَجْعَلُونَ لَكُمْ لَحْمًا يَرِيذُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُفَوِّعَ بَيْنَكُمْ الْمُدَّةَ وَالْبَعْضَةَ فِي الْخَمْرِ وَالْأَلْبَسِي وَصَدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩٠، ٩١] فاسم الخمر في لغة العرب يتناول المسكر من الثمر وغيره ولا يختص بالمسكر من العنب. وقد ثبت أن الخمر لما حرمت بالمدينة المنورة، وكان تحريمها في السنة الثالثة من الهجرة لم يكن من عصير العنب شيء وإنما كان خمرهم من الثمر. فقد روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما قال نزل تحريم الخمر وإن بالمدينة يومئذ لخمسة أشربة؛ وما منها شراب العنب وفي رواية: «الأشربة هي: التمر، والعسل والحنطة والشعير»^(٣).

وقد سئل النبي ﷺ عن البتخ، وهو نبيذ العسل وكان أهل اليمن يشربونه. فقال ﷺ: «كل مسكر أسكر فهو حرام»^(٤).

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٣٥٢، شرح الزرقاني ٤/١٦٠.

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٤/١٨٦.

(٣) صحيح البخاري، الأشربة، باب (٢)، ١/٢٤١.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الأشربة، رقم (٧٣)، ٣/١٥٨٧.

الضوابط الفقهية في القضاء

من الكتب المعاصرة التي جمعت القواعد والضوابط الفقهية كتاب: «القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام» لإبراهيم الحريري وهو كتاب مهم في هذا الموضوع، حيث يربط بين أحكام القضاء والقواعد والضوابط الفقهية. وفيما يلي بعض الضوابط المتعلقة بالقضاء.

أولاً: ضابط: «كتاب القاضي إلى مثله كالخطاب له في إثبات الحكم»^(١)

هذا الضابط يتعلق بكتاب القاضي إلى القاضي، وهو أن يكتب القاضي إلى القاضي ما يسمعه من الشهادة أو ما قضى به على شخص ويرسله إلى قاض آخر ويعمل به بموجب ما فيه ويسمى: «الكتاب الحكمي»^(٢).

وقد اتفق الفقهاء على جواز الإثبات بكتاب القاضي والعمل به. ويؤيد ذلك ما روي عن الضحاك بن سفيان أن رسول الله ﷺ كتب إليه يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها^(٣) وثبت عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه عمل بكتاب القاضي ولم يخالف في ذلك أحد من الصحابة فكان إجماعاً^(٤). ولأنه قد يتعذر على صاحب الحق الجمع بين الخصوم والشهود في مجلس واحد، كما يصعب أن يحضر الشاهد إلى بلد قاضي المدعي، فيتعرض الحق إلى السقوط والضياع. فالحاجة داعية إلى الأخذ بكتاب القاضي^(٥).

(١) شرح أدب القاضي للخصاف البخاري ١٠٩/٣، القواعد والضوابط الفقهية للحريري ص ١٢٨.

(٢) وسائل الإثبات للرحلي ص ٤٤٤.

(٣) سنن الترمذي، كتاب الديات، باب (١٩)، ٢٧/٤. وقال: حسن صحيح.

(٤) المغني لابن قدامة ٩/٩.

(٥) المبسوط للرخسي ٩٥/١٦، نيين الحقائق للزبلي ١٨٣/٤.

ومما يؤيد اعتبار الكتاب كالخطاب أن كتاب الله تعالى إلى رسوله يقوم مقام خطابه له في الأمر والنهي مما قد تضمن كتابه. وكذلك خبر الرسول ﷺ لنا يقوم مقام خطابه لنا في الأمر والنهي وغير ذلك، فإذا كان ذلك كذلك فإنه يقوم كتاب القاضي مقام خطابه^(١).

ثانياً: ضابط: «تقوم القرينة القاطعة والراجحة مقام البينة في إثبات الحقوق»^(٢)

هذا الضابط يتعلق بالقرائن ودورها في الإثبات.

والقرينة لغة: من قرن الشيء بالشيء إذا شده ووصله أو جمع بينهما^(٣).

والقرينة في الاصطلاح: «أمر يشير إلى المطلوب»^(٤). وبعبارة أخرى: ما يدل على المراد من غير أن يكون صريحاً فيه. وهي على نوعين: قرينة قاطعة: وهي التي تكون دلائلها لا تقبل لإثبات العكس. وقرينة غير قاطعة: وهي التي تكون دلائلها تقبل لإثبات العكس^(٥).

ومن صور القرينة في القضاء: القسامة والقيافة والفراسة والحيازة.

فالقسامة: إيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قاتل به جراحة أو أثر ضرب أو خنق ولا يعلم من قتله. يقسم خمسون رجلاً من أهل تلك المحلة أو الدار: كان يقول كل واحد منهم والله ما قتله ولا علمت له قاتلاً^(٦). فقد أقر النبي ﷺ العمل بها على ما كانت في الجاهلية^(٧).

(١) شرح أدب القاضي للخصاف البخاري ١٠٩/٣.

(٢) القواعد والضوابط الفقهية للحريري ص ١٣٠.

(٣) المصباح المنير للفريسي ص ٦٧٦.

(٤) التعريفات للرجباني ص ٢٢٣.

(٥) معجم لغة الفقهاء لقمعي وقتبي ص ٣٦٢.

(٦) السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ص ٢٨٣.

(٧) مستند أحمد بن حنبل ٤٢٢/٥.

وفي الاصطلاح: إلحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم^(٢). وأصل ذلك أن هلال بن أمية كذب امرأته بشريك بين سحماء وكان أخا للبراء بن مالك لأمه وكان أول رجل لآعن في الإسلام. قال فلاعنها فقال رسول الله ﷺ أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضي العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكلحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء^(٣) قال: فأثبت أنها جاءت به أكلحل جعداً حمش الساقين.

والفراسة لغة: من أفرس الشخص فراسة، وتفرست فيه الخير، تعرفته بالظن الصائب^(٤).

والفراسة في الاصطلاح: «الاستدلال بالأمر الظاهر على الأمور المخفية»^(٥) والأصل فيها قوله تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْمُتَفَكِّرِينَ﴾ [الحجر: ٧٥] أي للمتفكرين أو الناظرين. وقوله تعالى: ﴿وَلَوْ نَشَاءُ لَكُنَّ عَنَّا قُلُوبُهُمْ فَلَنَعْرِفَهُمْ بِسِيمَتِهِمْ وَلَنَعْرِفَهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٠].

والحيابة: هي وضع اليد على الشيء زمناً طويلاً أو الاستيلاء عليه^(٦).

وتكون الحيابة مشروعة في حالة ما إذا كان الشيء المحوز غير مملوك: كالاصطيد والاحتشاش وإحياء الموات، واستخراج ما في باطن الأرض. وتكون غير مشروعة في

حالة ما إذا كان الشيء المحوز مملوكاً لأحد؛ لأن وضع اليد على المال المملوك لا يعد سبباً مشروعاً للتملك وإنما هو من قبيل الغصب والسرقة والحرابة.

ثالثاً: ضابط: «كل شهادة تضمنت جرّ مغنم للشاهد، أو دفع مغرم عنه ترد»^(١).

هذا الضابط يتعلق بالتهمة في الشهادة، فترد شهادة كل من جرّ بها نفعاً أو مغنماً لنفسه للتهمة؛ لأن التهمة تقدر في التصرفات إجمالاً. ويندرج تحت هذا الضابط عدة صور منها^(٢):

١- القرابة: فلا تقبل شهادة الوالد لولده وإن سفل، ولا الولد لوالده وإن علا عند جمهور الفقهاء كما لا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها.

٢- الخصومة والعداوة: بأن لا يكون الشاهد خصماً للمشهود عليه وهو من يبغضه ويمنى زوال نعمته ويحزن بسروره ويفرح بمصيبته.

٣- أن يشهد لغريمه المفلس أو شريكه، أو أن يشهد الوكيل فيما هو وكيل فيه.

(١) المصباح المنير للفيومي ص ٧١٣.

(٢) نهاية المحتاج للزملي ١٣٧/٨.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب (٢١)، ١٦٠/٣. صحيح مسلم، كتاب اللعان، رقم (١١)، ١١٣٤/٢.

(٤) المصباح المنير للفيومي ص ٦٣٩.

(٥) السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان ٢٨٥.

(٦) السلطة القضائية لشوكت عليان ص ٢٨٦.

(١) القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء للحريزي ص ١٠٨.

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ص ١٣٠.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة التحليلية للقواعد الكلية والضوابط الفقهية استطع أن أخص أهم ما انتهت إليه فيها.

١- القاعدة الكلية: قضية شرعية عملية كلية تشتمل على أحكام جزئيات موضوعها، وتعلّق بعدة أبواب في الفقه الإسلامي. في حين أن الضابط الفقهي يتعلّق باباب واحد أو موضوع واحد.

٢- تختص كل من القواعد الكلية والضوابط الفقهية بأنها أحكام شرعية تستند إلى أدلة من القرآن أو السنة أو الإجماع أو القياس. كما أنها خاصة بأفعال المكلفين، وتصاغ صياغة موجزة محكمة دقيقة تدل على الشمول والاستغراق.

٣- تعد كثير من أمهات الكتب الفقهية مصدراً غنياً بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية، ومن ذلك كتاب الأم للشافعي والخراج لأبي يوسف والسير لمحمد بن الحسن الشيباني، والمبسوط للسرخسي وغير ذلك.

٤- إن دراسة القواعد الفقهية تعين على حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة في قواعد كلية وضوابط فقهية قليلة العدد سهلة الحفظ بعيدة النسيان، متى ذكرها الدارس استحضّر عدداً كبيراً من الفروع. كما تعمل على تكوين ملكة فقهية لدى المتخصصين في الفقه الإسلامي، وإيجاد تصور عام عن الفقه لدى غير المتخصصين.

٥- إن دراسة القواعد الفقهية تعين في إدراك أسباب اختلاف الفقهاء ومآخذ الأحكام، كما أدى الخلاف إلى توسيع دائرة التقييد الفقهي، ولذلك تعد كتب الخلاف مصدراً كبيراً من مصادر القواعد الفقهية.

٦- تعد القواعد الفقهية وبخاصة القواعد الكبرى نواه لإيجاد نظريات فقهية تؤلف كل منها نظاماً حقوقياً موضوعياً منبثقاً في أغلب أبواب الفقه الإسلامي.

٧- إن القواعد الفقهية التي كان أصلها نصاً من كتاب أو سنة نبوية أو كانت مستندة إلى أدلة صريحة من الكتاب أو السنة أو الإجماع تعد مصادر يجوز الاستناد إليها في الاستنباط؛ لأن الرجوع إليها رجوع إلى الأدلة التي استندت إليها. أما القواعد التي لا تستند إلى دليل شرعي فإنها لا تعتبر مصدراً يستند إليها في الاستنباط.

٨- الأحكام الشرعية كما تبنى على اليقين والعلم تبنى على الظن الظاهر أو الغالب من باب الضرورة لتعذر اليقين في أكثر الصور.

٩- ورود الاستثناء في القواعد الكلية الفقهية يمكن تخريجه على أن الفرع المستثنى لا يتحقق فيه بعض شروط إعمال القاعدة وقبودها أو اندراج ذلك الفرع تحت قاعدة أخرى أوجبت التعارض، فلزم الترجيح.

١٠- العلماء سلكوا في التعقيد الفقهي وصياغة القواعد الفقهية مسلكين.

الأول: استنباط القواعد الكلية المضمنة أحكاماً كلية من الأدلة الشرعية؛ والثاني: تقنين القواعد الفقهية وذلك بجمع الفروع والجزئيات الفقهية التي يجمعها موضوع واحد في قاعدة كلية مصاغة صياغة موجزة شاملة.

١١- المقصد الشرعي للقواعد الفقهية يتفق مع المقصد الشرعي من الأحكام الشرعية التي قررتها الشريعة الإسلامية من تحقيق مصالح العباد أو دفع المضار عنهم.

١٢- القواعد الكبرى التي تحكم بنية الفقه الإسلامي ست قواعد وهي: «الأمور بمقاصدها»، و«اليقين لا يزول بالشك» و«الضرر يزال» و«المشقة تجلب التيسير» و«العادة محكمة»، و«إعمال الكلام أولى من إهماله».

١٣- يضاف إلى القواعد الست الكبرى قواعد أقل شمولاً ولكنها مهمة جداً في بناء تصور عام عن الفقه الإسلامي وهي التي سميها بالقواعد الكلية الصغرى مثل قاعدة «التابع تبع» و«الخارج بالضمان» وغير ذلك.

١٤- إن تعميق البحث في دراسة القواعد الفقهية يمكن أن يتجه إلى اتجاهين: الاتجاه الأول: تخصيص بعض القواعد بالبحث والدراسة والتحليل والتعميق مثل قاعدة: «الأمور بمقاصدها» والاتجاه الثاني: جمع القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بموضوع واحد من موضوعات الفقه الإسلامي: كقواعد النظام الاقتصادي، أو قواعد القضاء، أو قواعد السياسة الشرعية، أو قواعد الأحوال الشخصية أو غير ذلك مما يؤدي إلى رسم صورة كلية عن الموضوع محل القواعد الفقهية، وتقعيد قواعد جديدة في هذا المجال.

١٥- ضرورة الاهتمام بمقرر «القواعد الفقهية» في جميع مراحل الدراسة الجامعية الشرعية من بكالوريوس وماجستير ودكتوراه.

مترتبة حسب اسم الكتاب ووفق الترتيب الأبجدي

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الإبهاج في شرح المنهاج لعلي بن عبد الكافي السبكي، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- ٣- الإتيان في علوم القرآن لجلال الدين السيوطي، المكتبة التجارية بالقاهرة.
- ٤- أثر العرف في التشريع الإسلامي، للسيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
- ٥- أثر الفصول في العقود لعبد الكريم زيدان، ضمن كتاب مجموعة بحوث فقهية، مكتبة القدس، ومؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٦م.
- ٦- الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر لسيد محمد توفيق، دار الكتب الحديثة، القاهرة.
- ٧- أحكام الاشياء الشرعية، يوسف أحمد البدوي، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.
- ٨- أحكام الجنابة على النفس وما دونها عند ابن قيم الجوزية. بكر عبد الله أبو زيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- ٩- الأحكام السلطانية لأبي يعلى محمد الفراء، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦٦م.
- ١٠- الأحكام السلطانية لأبي الحسن علي الماوردي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
- ١١- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين الأمدي، مكتبة محمد علي صبيح، القاهرة، ١٩٦٨م.
- ١٢- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام لأحمد بن إدريس القرافي، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ١٩٦٧م.
- ١٣- أحكام القرآن لأحمد بن علي الجصاص، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ١٤- أحكام القرآن لمحمد بن عبد الله ابن العربي، طبعة عيسى البايي الحلبي، القاهرة،

- ١٥- أحكام القرآن لعلي بن محمد الكياهراس، مطبعة حسان بالقاهرة، ط١.
- ١٦- إحياء علوم الدين لأبي حامد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٣.
- ١٧- الاختبارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية لعلي بن محمد البعلبي، دار المعرفة، بيروت.
- ١٨- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد علي الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٣٧م.
- ١٩- إرواء الغليل لمحمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٧٩م.
- ٢٠- أساس البلاغة لمحمود بن عمر الزمخشري، دار صادر، بيروت، ١٩٧٩م.
- ٢١- الأشباه والنظائر لعبد الوهاب السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩١م.
- ٢٢- الأشباه والنظائر لجلال الدين السيوطي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٩م.
- ٢٣- الأشباه والنظائر لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨م.
- ٢٤- الأشباه والنظائر لمحمد بن عمر (ابن الوكيل)، مكتبة الرشد، الرياض، ط٢، ١٩٩٧م.
- ٢٥- الأشباه والنظائر في النحو لجلال الدين السيوطي. مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٥م.
- ٢٦- الأصول العامة للفقهاء المقارن لمحمد تقي الحكيم، دار الأندلس، بيروت، ط٢، ١٩٧٩م.
- ٢٧- أصول السرخسي، دار المعرفة، بيروت.
- ٢٨- أصول الفقه لمحمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٢٩- أصول الفقه لمحمد سلام مذكور، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣٠- الأصول في القواعد الفقهية لأبي الحسن الكرخي مطبوع مع تأسيس النظر، مطبعة الإمام، القاهرة.
- ٣١- أصول القانون لعبد المنعم الصدة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨م.
- ٣٢- أصول القانون والقواعد الفقهية لنباس حسني، مذكورة.
- ٣٣- الإضطرار إلى الأطمعة لمحمد الطريقي، مكتبة المعارف، الرياض، ط١، ١٩٩٢م.
- ٣٤- الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية لعمر الأشقر، دار الفانس، عمان، ١٩٩٣م.
- ٣٥- أعلام الموقعين لابن القيم، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م.
- ٣٦- إغاثة اللهفان لابن القيم، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٣٩م.
- ٣٧- الإنصاف عن معاني الصحاح ليحيى بن هبيرة، مطبعة الكيلاني، القاهرة، ١٩٨٠م.
- ٣٨- الإكليل في استنباط التنزيل، لجلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٣٩- الأم لمحمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٩٧٣م.
- ٤٠- الأموال لأبي عبيد بن سلام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٩٦٨م.
- ٤١- الإنصاف لعلي المرداوي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥٦م.
- ٤٢- انقضاء الحق في الشريعة الإسلامية لعلي محمد الشريف - رسالة دكتوراه - الأزهر.
- ٤٣- إضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأحمد الوترشي، تحقيق الصادق الغريبي، منشورات كلية الدعوة، طرابلس، ليبيا، ١٩٩١م.
- ٤٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.
- ٤٥- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأنصار لأحمد بن المرتضى الزبيدي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٩٧٥م.
- ٤٦- البحر المحيط في أصول الفقه لمحمد الزركشي، دار الصفوة، القاهرة، ط٢، ١٩٩٢م.
- ٤٧- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- ٤٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاتساني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢.
- ٤٩- بدائع الفوائد لابن القيم، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٥٠- بداية المجتهد لابن رشد، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٦٠م.
- ٥١- البرهان في علوم القرآن، لمحمد الزركشي، دار المعرفة، بيروت.
- ٥٢- بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٠م.

- ٥٣- بلغه السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي، دار الباز بمكة المكرمة، ١٩٧٨م.
- ٥٤- البهجة في شرح التحفة لعلي النسولي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٧م.
- ٥٥- البيان والتبيين لعمرو الجاحظ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨م.
- ٥٦- بيان الدليل على إبطال التحليل، مكتبة أضواء النهار، السعودية ٢٠٢٠م.
- ٥٧- تأسيس النظر لعبد الله الدبوسي، مطبعة الإمام، القاهرة.
- ٥٨- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد المواق، مع مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٧٨م.
- ٥٩- تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لمحمد بن فرحون، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
- ٦٠- التبيان في أقسام القرآن لابن القيم، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
- ٦١- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان الزيلعي، دار المعرفة، بيروت.
- ٦٢- تحرير ألفاظ التنبيه ليحيى النوري، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م.
- ٦٣- التحرير في قاعدة: «المشفقة تجلب التيسير» لعامر الزبياري، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
- ٦٤- تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي، دار صادر، بيروت.
- ٦٥- التخریج عند الفقهاء والأصوليين ليعقوب الباحثين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٤هـ.
- ٦٦- تخریج الفروع على الأصول لمحمود الزنجاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٥، ١٩٨٤م.
- ٦٧- تشنيف المسامع لمحمد الزركشي، تحقيق محمد فقيهي، مطبوع على الآلة الكاتبة.
- ٦٨- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط ٢، ١٩٧٩م.
- ٦٩- التعريفات لعلي محمد الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٩٨٥م.
- ٧٠- التصنف في استعمال الحق لمحمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤، ١٩٩٨م.
- ٧١- تنوير الاجتهاد لوهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، ط ١، ٢٠٠٠م.
- ٧٢- تفسير أبي السعود، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة، ١٩٢٨م.
- ٧٣- تفسير القرآن العظيم لابن كثير، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢م.
- ٧٤- تفسير المنار لمحمد عبده، دار المعرفة، بيروت، ط ٢.
- ٧٥- تكملة المجموع للمطيعي، دار العلوم للطباعة، القاهرة، ١٩٧٢م.
- ٧٦- تكوين الملكة الفقهية لمحمد عثمان شبر، كتاب الأمة القفطرية، (٧٢).
- ٧٧- تلخيص الحبير في تخریج أحاديث الرافي لابن حجر، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧١م.
- ٧٨- التلخيص في أصول الفقه لأبي المعالي الجويني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ودار الباز بمكة المكرمة، ط ١، ١٩٩٦م.
- ٧٩- التمهيد في تخریج الفروع على الأصول لجمال الدين الأسنوي، مطبعة الرسالة، بيروت، ١٩٨١م.
- ٨٠- تنبيه الرقود على مسائل النقاد لابن عابدين ضمن رسائله، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٨١- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٥م.
- ٨٢- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً لابن رجب، دار المعرفة، بيروت.
- ٨٣- جمع الجوامع بشرح الجلال المحلي لتاج الدين السبكي مع حاشية الباني، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- ٨٤- الجهالة في الفقه الإسلامي، عبد الله الصفي، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٠م.
- ٨٥- حاشية البجيرمي على شرح المنهج لسليمان البجيرمي، المكتبة الإسلامية، تركيا.
- ٨٦- حاشية الباني على شرح المنهج على جمع الجوامع، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
- ٨٧- حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، بيروت.
- ٨٨- حاشية الخرشني على مختصر خليل، دار صادر، بيروت.
- ٨٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

- ٥٣- بلغه السالك لأقرب المسالك، لأحمد الصاوي، دار الباز بمكة المكرمة، ١٩٧٨م.
- ٥٤- البهجة في شرح التحفة لعلي النسولي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٧م.
- ٥٥- البيان والتبيين لعمرو الجاحظ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨م.
- ٥٦- بيان الدليل على إبطال التحليل، مكتبة أضواء النهار، السعودية ٢٠٢٠م.
- ٥٧- تأسيس النظر لعبد الله الدبوسي، مطبعة الإمام، القاهرة.
- ٥٨- التاج والإكليل لمختصر خليل لمحمد المواق، مع مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٧٨م.
- ٥٩- تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام لمحمد بن فرحون، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
- ٦٠- التبيان في أقسام القرآن لابن القيم، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
- ٦١- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان الزيلعي، دار المعرفة، بيروت.
- ٦٢- تحرير ألفاظ التنبيه ليحيى النوري، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م.
- ٦٣- التحرير في قاعدة: «المشفقة تجلب التيسير» لعامر الزبياري، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
- ٦٤- تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيثمي، دار صادر، بيروت.
- ٦٥- التخریج عند الفقهاء والأصوليين ليعقوب الباحثين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٤هـ.
- ٦٦- تخریج الفروع على الأصول لمحمود الزنجاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٥، ١٩٨٤م.
- ٦٧- تشنيف المسامع لمحمد الزركشي، تحقيق محمد فقيهي، مطبوع على الآلة الكاتبة.
- ٦٨- التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، وحيد الدين سوار، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط ٢، ١٩٧٩م.
- ٦٩- التعريفات لعلي محمد الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٩٨٥م.
- ٧٠- التصنف في استعمال الحق لمحمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤، ١٩٩٨م.
- ٧١- تنوير الاجتهاد لوهبة الزحيلي، دار المكتبي، دمشق، ط ١، ٢٠٠٠م.

- ٩٠- حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩م.
- ٩١- الحاوي في الفتاوى لجلال الدين السيوطي، المكتبة التجارية، القاهرة، ط٣، ١٩٥٩م.
- ٩٢- الحاوي الكبير للماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- ٩٣- حجة الله البالغة لولي الله الدحلوي، دار الكتب الحديثة، القاهرة.
- ٩٤- الحدود في الأصول للفتاوي، المكتبة الإسلامية، تركيا.
- ٩٥- الحدود في الأصول لابن قورك، دار الغرب الإسلامي.
- ٩٦- الحلال والحرام ليويسف القرضاوي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١٣، ١٩٨٠م.
- ٩٧- الخراج لابي يوسف، دار المعرفة، بيروت.
- ٩٨- درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٩٩- الذخيرة للقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م.
- ١٠٠- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد الدمشقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.
- ١٠١- الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية لعمر عبد الله كامل، المكتبة المكية بمكة المكرمة، ودار ابن حزم ببيروت، ط١، ١٩٩٩م.
- ١٠٢- الرد على من أشعل إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض لجلال الدين السيوطي، دار البار مكة المكرمة، ودار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٣م.
- ١٠٣- رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، لمعقوب الباحسين، الطبعة الأولى، العراق.
- ١٠٤- رفع الغلام عن الأئمة الاعلام لابن تيمية، مطبوع مع الكافي لابن قدامة، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ١٠٥- روضة الطالبين ليحيى النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٤٠٥هـ.
- ١٠٦- الزكاة والضرائب في الفقه الإسلامي لمحمد عثمان شير، منشور في مجلة الشريعة بجامعة الكويت.
- ١٠٧- سبل السلام لمحمد الصنعاني، مكتبة الرسالة الحديثة، بيروت.
- ١٠٨- سد الذرائع في الشريعة الإسلامية لمحمد هشام البرهاني، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٥م.
- ١٠٩- السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية لرمضان الشرباصي، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ١١٠- السلطة القضائية في الإسلام لشوكت عليان، دار الرشيد، الرياض، ط١، ١٩٨٢م.
- ١١١- سنن الترمذي لمحمد بن عيسى الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ١١٢- سنن الدار قطني لعلي بن عمر الدارقطني، دار المحاسن، القاهرة، ١٩٦٦م.
- ١١٣- سنن أبي داود لأبي داود سليمان، دار إحياء السنة المحمدية، بيروت.
- ١١٤- السنن الكبرى لأحمد بن الحسين البيهقي، دار الفكر، بيروت.
- ١١٥- سنن ابن ماجه، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة.
- ١١٦- سنن النسائي مع شرح السيوطي، دار الفكر، بيروت.
- ١١٧- السياسة الشرعية لابن تيمية مع مجموع الفتاوى، دار العربية، بيروت.
- ١١٨- السياسة الشرعية في الحكم والاقتصاد عند ابن خلدون لمصلح النجار، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية - ٢٠٠٠هـ.
- ١١٩- السير لمحمد بن الحسن الشيباني، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ط١، ١٩٧٥م.
- ١٢٠- شرح الأتاسي للمجلة، المكتبة الحبيبية، باكستان.
- ١٢١- شرح أدب القاضي للخصاف تأليف عمر بن عبد العزيز البخاري المعروف بالصدر الشهيد، مكتبة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٨م.
- ١٢٢- شرح التلويح على التوضيح لمسعود بن عمر الفتاوي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٢٣- شرح تنقيح الفصول للقرافي، مكتبة الكليات الأزهرية، ودار الفكر، القاهرة، ط١، ١٩٧٣م.
- ١٢٤- شرح حديث: «إنما الأعمال بالنيات» لابن تيمية، المكتبة السلفية، القاهرة، ط١، ١٣٩٦هـ.
- ١٢٥- شرح حديث: «لا ضرر ولا ضرار» للطوفي مع كتاب المصلحة ونجم الدين الطوفي لمصطفى زيد، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٥٤م.
- ١٢٦- شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت.

- ١٢٧- الشرح الصغير لأحمد البردري، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٣م.
- ١٢٨- شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٣م.
- ١٢٩- شرح الكوكب المنير لأحمد الفتوح، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥٣م
- ١٣٠- شرح مجلة الأحكام لمخير القاضي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩م.
- ١٣١- شرح منح الجليل على مختصر خليل لمحمد عيش، مكتبة النجاح، ليبيا.
- ١٣٢- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور، دار عبد الله الشنقيطي. السعودية.
- ١٣٣- شروط الأصل وحكمه وشروط الفرع لحنان قديمت، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية - ١٩٩٧م.
- ١٣٤- الشفاء بتعريف حقوق المصطفى للقاضي عياض، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٠م.
- ١٣٥- صحيح البخاري، المكتبة الإسلامية، استانبول، ١٩٧٩م.
- ١٣٦- صحيح مسلم، طبعة إدارة البحوث العلمية، الرياض، ١٩٨٠م.
- ١٣٧- صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة المصرية، القاهرة.
- ١٣٨- الضرر في الفقه الإسلامي لأحمد موافي، دار ابن عفان، السعودية، ط١، ١٩٩٧م.
- ١٣٩- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية لمحمد سعيد البوطي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٥.
- ١٤٠- طريق الوصول إلى العلم المأمول بمعرفة القواعد والضوابط والأصول لعبد الرحمن السعدي، دار المعالي، الأردن، ط٢، ١٩٩٨م.
- ١٤١- العرف والعادة لأحمد فهمي أبو سنة، مطبعة الأزهر، القاهرة، ١٣٦٧هـ-١٩٤٧م.
- ١٤٢- العناية على الهداية لمحمود البابوتي مع فتح القدير لابن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهر، ط١، ١٩٧٠م.
- ١٤٣- عوارض الأهلية عند الأصوليين لصبري معارك، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ١٩٨٧م.
- ١٤٤- غمز عيون البصائر شرح أشباه ابن نجيم للحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.
- ١٤٥- غايات الأمم في التباين الظلم لإمام الحرمين الجويني، دار الدعوة، القاهرة، ١٩٧٩م.
- ١٤٦- فتح الباري لابن حجر العسقلاني، المطبعة السلفية، القاهرة.
- ١٤٧- فتح العلام لشرح بلوغ المرام لنور الحسن خان بن صديق خان، مؤسسة دار الكتب الثقافية، الكويت.
- ١٤٨- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية لمحمد على الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٩٦٤م.
- ١٤٩- فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط١، ١٩٧٠م.
- ١٥٠- الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية لمحمود حمزة، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٦م.
- ١٥١- فرق النكاح وبيان أحكامها، لحسين الجبوري، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٤م.
- ١٥٢- الفروع لمحمد بن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٧م.
- ١٥٣- الفروع لشهاب الدين القرافي، دار المعرفة، بيروت.
- ١٥٤- الفروع الفقهية لأبي الفضل الدمشقي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٢م..
- ١٥٥- الفروع الفقهية والأصولية لمعقوب الباسحين، مكتبة الرشد وشركة الرياض، الرياض، ط١، ١٩٩٨م.
- ١٥٦- الفروع ومنع الترادف للحكيم الترمذي، النهار للطبع، القاهرة، ط١، ١٩٩٨م.
- ١٥٧- الفعل الضار والضممان فيه لمصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم بدمشق ودار العلوم ببيروت، ط١، ١٩٩٨م.
- ١٥٨- الفقه الإسلامي وأدلته لوهبة الزحيلي، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٨٥م.
- ١٥٩- الفقيه والمنقفة للبغداد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٧٥م.
- ١٦٠- الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد الحجوي، المكتبة العلمية، المدينة المنورة، ١٩٧٧م.
- ١٦١- الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية شرح الفرائد البهية في نظم القواعد الفقهية لأبي الفيض القاداني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٢، ١٩٩٦م.

- ١٦٢- فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٩٧٢م.
- ١٦٣- قاعدة: «الأمر بمقاصدها» لعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٩٩٩م.
- ١٦٤- قاعدة: «الخارج بالضم» لمحمد نوح معابدة، رسالة دكتوراه في الجامعة الأردنية، ١٩٩٨م.
- ١٦٥- القاعدة الكلية: «إعمال الكلام أولى من إعماله» لمحمود مصطفى هرموش، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، ط١، ١٩٨٧م.
- ١٦٦- قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك» لعقوب الباحسين، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤١٧هـ.
- ١٦٧- القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٢م.
- ١٦٨- القاموس المحيط للفيروز آبادي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٦م.
- ١٦٩- القواعد لمحمد المقرئ، جامعة أم القرى، مكة المكرمة.
- ١٧٠- القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء لإبراهيم الحريري، دار عمار، عمان، ط١، ١٩٩٩م.
- ١٧١- القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير للحمصري تأليف على الندوي، مطبعة المدني، القاهرة، ط١، ١٩٩١م.
- ١٧٢- القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية لناصر الميمان، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ١٩٩٦م.
- ١٧٣- قواعد الفقه الإسلامي من خلال الإشراف على مسائل الخلاف لمحمد الودكي، دار القلم بدمشق، ط١، ١٩٩٨.
- ١٧٤- قواعد الأحكام في مصالح الأنام للزم بن عبد السلام، دار الجيل، ط٢، ١٩٨٠م.
- ١٧٥- القواعد الفقهية لعبد الرحمن السعدي، مكتبة أضواء السلف، الرياض، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- ١٧٦- القواعد الفقهية لعلي الندوي، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٨٦م.
- ١٧٧- القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات الحديثة، لمحى هلال السرحان، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٦م.

- ١٧٨- القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها لصالح السدلان، دار بلسنية، الرياض، ١٤١٧هـ.
- ١٧٩- القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، لعزت عبد الدعاس، مكتبة الغزالي، حماة، ط٢، ١٣٩٠هـ.
- ١٨٠- القواعد الفقهية (المباديء، النظريات) لعقوب الباحسين، مكتبة الرشد وشركة الرياض، الرياض، ط١، ١٩٩٨م.
- ١٨١- القواعد والفوائد الأصولية، لعلي البعلي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥٦م.
- ١٨٢- القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٩٧٢م.
- ١٨٣- قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي، لعبد الرحمن الكيلاني، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٦م.
- ١٨٤- القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٥١م.
- ١٨٥- قوانين الأحكام الشرعية لمحمد بن جزي، دار العلم للملايين، بيروت.
- ١٨٦- الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠هـ.
- ١٨٧- الكباير لشمس الدين الذهبي، مكتبة الرياض الحديثة، ١٩٧١م.
- ١٨٨- كشف اصطلاحات الفنون لمحمد التهانوي، دار صادر، بيروت.
- ١٨٩- كشف القناع لمنصور البهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
- ١٩٠- كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٩٤م.
- ١٩١- كفاية الأخبار لأبي بكر الحصني، دار المعرفة، بيروت.
- ١٩٢- الكليات لأبي البقاء الكفوي، منشورات وزارة الثقافة السورية، ١٩٨١م.
- ١٩٣- لسان العرب لابن منظور، دار لسان العرب، بيروت.
- ١٩٤- لوامع الأنوار البهية لمحمد السفاريني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٥.
- ١٩٥- مالك للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي - القاهرة.
- ١٩٦- المبسوط لأبي بكر السرخسي، دار المعرفة، بيروت.
- ١٩٧- المبين شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين، لسيف الدين الأمدي، القاهرة، ١٩٨٣م.

- ١٩٨- مجاز القرآن لأيي عبيدة معمر بن المثنى، مكتبة الخانجي، القاهرة.
- ١٩٩- مجلة الأحكام العدلية، طبعة لبثانية خامسة، ١٩٦٨م.
- ٢٠٠- مجمع الزوائد لعلي الهيثمي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢٠١- المجموع شرح المذهب للنووي، دار العلوم للطباعة، القاهرة، ١٩٧٢م.
- ٢٠٢- مجموع الفتاوى لابن تيمية، دار العربية، بيروت.
- ٢٠٣- المجموع المذهب في قواعد المذهب لأيي سعيد العلاني، مطابع الرياضي، الكويت، نشر وزارة الأوقاف الكويتية، ١، ١٩٩٤م.
- ٢٠٤- المحصول في علم الأصول لفخر الدين الرازي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط٢، ١٩٩٢م.
- ٢٠٥- المحلى لأيي محمد بن حزم، دار الاتحاد العربي، القاهرة، ١٩٦٨م.
- ٢٠٦- مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٩٠٥م.
- ٢٠٧- المدخل إلى مذهب الإمام أحمد لعبد القادر بن بدوان، إدارة الطباعة المنيرية، القاهرة.
- ٢٠٨- المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان، مكتبة الرسالة، بيروت، ومكتبة القدس بغداد، ط٥، ١٩٧٦م.
- ٢٠٩- المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء، دار الفكر، بيروت، ط١.
- ٢١٠- المدونة الكبرى، لمالك بن أنس، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٨م.
- ٢١١- مسائل في الفقه المقارن لعمر الأشقر ومحمد شبير وأبو رغيه وأبو البصل، دار الفنايس، عمان، ط١، ١٩٩٦م.
- ٢١٢- المستدرك للحاكم النيسابوري، طبعة الهند.
- ٢١٣- المنتصفى من علم الأصول لأيي حامد الغزالي، دار صادر، بيروت.
- ٢١٤- مسند الإمام أحمد، دار صادر، بيروت.
- ٢١٥- مسؤولية الإنسان عن حوادث الحيوان والجماد، لإبراهيم فاضل الديوب، مكتبة الأقصى، عمان، ط١، ١٩٨٣م.
- ٢١٦- المشقة تجلب التيسير، صالح اليوسف، المطابع الأهلية، بيروت، ١٩٨٨م.
- ٢١٧- المصباح المنير لأحمد الفيومي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط١، ١٩٢٦م.
- ٢١٨- المصلحة في التشريع الإسلامي ونجم الدين الطوفي لمصطفى زيد، دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٩٥٤م.
- ٢١٩- المصنف لابن أبي شيبة، مطبعة العلوم الشرقية، الهند، ١٩٦٨م.
- ٢٢٠- المصنف لعبد الزراق، نشر المجلس العلمي الباكستاني.
- ٢٢١- مطالب أولى النهى، للرحياني، الطبعة الثانية، ١٩٩٤م.
- ٢٢٢- المطالع على أبواب المقنع للبللي، المكتبة الإسلامية، بيروت، ط١، ١٩٦٥م.
- ٢٢٣- معالم السنن لأيي سليمان الخطابي، المكتبة العلمية، بيروت.
- ٢٢٤- معجم لغة الفقهاء للقمي وقيني، دار الفنايس، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.
- ٢٢٥- معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية لمحمود عبد النعمان، دار الفضيلة، القاهرة.
- ٢٢٦- معجم مصطلحات الشريعة والقانون لعبد الواحد كرم، ط٢، ١٩٩٨م.
- ٢٢٧- معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس، دار الجبل، بيروت، ط١، ١٩٩١م.
- ٢٢٨- المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وآخرين، المكتبة العلمية، طهران.
- ٢٢٩- معيار العلم لأيي حامد الغزالي، دار مكتبة الهلال، بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
- ٢٣٠- المغرب في ترتيب المعرب، لأيي الفتح المطرزي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢٣١- المغني لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
- ٢٣٢- مغني ذوي الأهمام ليوسف بن عبد الهادي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٩٧١م.
- ٢٣٣- مغني المحتاج للشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
- ٢٣٤- مفاتيح الغيب (التفسير الكبير) لفخر الدين الرازي، المطبعة البهية القاهرة.
- ٢٣٥- المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٦١م.
- ٢٣٦- مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر بن عاشور، الشركة التونسية، ١٩٧٨م.
- ٢٣٧- مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها أعلام الفاسي، مكتبة الوحدة، الدار البيضاء.
- ٢٣٨- المقاصد العامة ليوسف العالم، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط١، ١٩٩١م.
- ٢٣٩- مقاصد المكلفين فيما يتبعه لرب العالمين لعمر الأشقر، مكتبة الفنايس بعمان، ومكتبة الفلاح بالكويت، ط٢، ١٩٩١م.

- ٢٤٠- المقاصد في الفقه الإسلامي لمحمد سلام مذكور، بحث منشور ضمن مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٥٨م.
- ٢٤١- المقدمات لابن رشد، دار الفكر، بيروت.
- ٢٤٢- المقدمة لابن خلدون، المطبعة البهية المصرية، القاهرة.
- ٢٤٣- الملكية لعبد السلام البادي، مكتبة الأقصى، الأردن، ١٤، ١٩٧٥م.
- ٢٤٤- من القواعد الفقهية الهامة: «العادة محكمة» لخليل نصار، رسالة ماجستير مقدمة إلى الأزهر، ١٩٨٠م.
- ٢٤٥- المتنقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ٢٤٦- منتهى الإرادات للبهوتي، دار الفكر، بيروت.
- ٢٤٧- المنثور في القواعد للزركشي، مطبعة الفليح، الكويت، منشورات وزارة الأوقاف الكويتية، ١٩٨٢م.
- ٢٤٨- المنحول من تعليقات الأصول، لأبي حامد الغزالي، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٠م.
- ٢٤٩- منع جواز المجاز لمحمد أمين الشنيطي، مكتبة المدني، القاهرة.
- ٢٥٠- منع المدين من السفر لمحمد عثمان شبير، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية.
- ٢٥١- مناهج السلف في السؤال لعبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية بحلب، ١٤، ١٩٩٢م.
- ٢٥٢- مناهج اليقين شرح أدب الدنيا والدين لأويس الأوزنجاني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٢٥٣- المذهب لأبي إسحق الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٨م.
- ٢٥٤- الموافقات في أصول الشريعة لإبراهيم الشاطبي، دار المعرفة، بيروت.
- ٢٥٥- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت.
- ٢٥٦- موسوعة القواعد الفقهية لمحمد البوروني، مكتبة التوبة، الرياض، ٢٤، ١٩٩٧م.
- ٢٥٧- موطأ الإمام مالك مع تنوير الحوالك للسيوطي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥١م.
- ٢٥٨- التجاسسات المختلطة بالأعلاف وأثرها في المنتجات الحيوانية لمحمد عثمان شبير، مجلة الشريعة، جامعة الكويت.

- ٢٥٩- نشر العرف لابن عابدين ضمن رسائله، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٦٠- النظام القضائي في الفقه الإسلامي لمحمد رأفت عثمان، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٤، ١٩٨٩م.
- ٢٦١- النظريات الفقهية لمحمد الزحيلي، دار القلم بدمشق والدار الشامية ببيروت، ١٤، ١٩٩٣م.
- ٢٦٢- نظرية الإسقاط في الفقه الإسلامي لأحمد شليك، رسالة دكتوراه الجامعة الأردنية.
- ٢٦٣- نظرية الباحث في الفقه الإسلامي، لعبد الله الكيلاني، مطابع وزارة الأوقاف، الأردن.
- ٢٦٤- نظرية التقيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء لمحمد الروكي، منشورات كلية الآداب، جامعة محمد الخامس، المغرب.
- ٢٦٥- نظرية الضرورة الشرعية لوهبة الزحيلي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٤، ١٩٧٩م.
- ٢٦٦- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام لمحمد فوزي فيض الله، مكتبة دار التراث، الكويت، ٢٤، ١٩٨٦م.
- ٢٦٧- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي لوهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ١٤، ١٩٧٠م.
- ٢٦٨- نظرية العرف لعبد العزيز الخطايط، مكتبة الأقصى، عمان، ١٤، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.
- ٢٦٩- نقل الزكاة من موطئها الزكوي لمحمد عثمان شبير، مجلة الشريعة، جامعة الكويت.
- ٢٧٠- نهاية السؤل للأسنوي مع شرح البخشي، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة.
- ٢٧١- النهاية في غريب الحديث لمبارك بن الأثير، دار الفكر، بيروت.
- ٢٧٢- نيل الأوطار لمحمد علي الشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.
- ٢٧٣- الواضح في أصول الفقه لمحمد الأشقر، مكتبة النقاش والدرر، عمان، ٥٤، ١٩٩٧م.
- ٢٧٤- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي لمحمد البوروني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٤٤، ١٩٩٦م.
- ٢٧٥- الوجيز في الفقه الشافعي للغزالي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٩م.
- ٢٧٦- وسائل الإتيان لمحمد الزحيلي، دار البيان، دمشق، ٢٤، ١٩٩٤م.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	المقدمة:
٩	الفصل الأول: حقيقة القواعد الكلية والضوابط الفقهية
١١	المبحث الأول: معنى القواعد الكلية والضوابط الفقهية والعلاقة بينهما
١١	المطلب الأول: تعريف القواعد الفقهية
١١	أولاً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً
١١	١- تعريف القواعد
١٢	خصائص القاعدة
١٢	أ- إنها قضية تركيبية
١٣	ب- إنها قضية كلية
١٤	ج- إنها تختص بالعمومية والتجريد
١٥	د- إنها قضية تشتمل على الحكم الكلي بالقوة
١٥	هـ- تصاغ صياغة موجزة
١٥	٢- تعريف الفقهية
١٦	ثانياً: تعريف القواعد الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً
١٩	المطلب الثاني: تعريف الضوابط الفقهية
١٩	أولاً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها مركباً إضافياً
٢٠	ثانياً: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها علماً أو لقباً
٢٣	المطلب الثالث: العلاقة بين القواعد الكلية والضوابط الفقهية

٧٢	المطلب الأول: أنواع القواعد الفقهية
٧٢	أولاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار الشمول والاتساع
٧٣	ثانياً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار دليلها ومصدرها
٧٣	ثالثاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار استقلاليتها وتبعيتها
٧٤	رابعاً: تقسيم القواعد الفقهية باعتبار اتفاق الفقهاء عليها وعدمه
٧٥	المطلب الثاني: أهمية القواعد الفقهية ومكانتها
٧٥	أولاً: حفظ وضبط الفروع الفقهية المتناثرة
٧٦	ثانياً: تكوين الملكة الفقهية
٧٩	ثالثاً: المحافظة على وحدة المنطق العام للفقهاء ودفع التناقض عنه
٨٠	رابعاً: تكوين تصور عام عن الفقه الإسلامي
٨١	خامساً: أثر القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء
٨٣	سادساً: مكانة القواعد الفقهية من مصادر الأحكام
٨٩	الفصل الثاني: فقه القواعد الكلية الكبرى
٩١	المبحث الأول: فقه قاعدة: «الأمور بمقاصدها»
٩٢	المطلب الأول: معنى قاعدة: «الأمور بمقاصدها»
٩٧	المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الأمور بمقاصدها»
١٠٠	المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الأمور بمقاصدها»
١١٧	المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
١١٩	المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة
١١٩	أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً للقاعدة
١٢٠	١- قاعدة: «لا نواب إلا بالنية»
١٢١	٢- قاعدة: «العبرة في المقود للمعاني لا للألفاظ والمباني»

٢٤	المبحث الثاني: القواعد الفقهية والعلوم المشابهة
٢٤	أولاً: النظريات الفقهية
٢٦	ثانياً: القواعد الأصولية
٣٠	ثالثاً: القواعد المقاصدية
٣٢	رابعاً: الأشباه والنظائر الفقهية
٣٤	خامساً: الفروق الفقهية
٣٥	سادساً: القواعد القانونية والمبادئ العامة
٤٠	المبحث الثالث: مصادر القواعد الفقهية ونشأتها وتطورها.
٤٠	المطلب الأول: مصادر القواعد الفقهية
٤٨	المطلب الثاني: نشأة علم القواعد الفقهية وتطوره
٤٨	المرحلة الأولى: مرحلة النشوء
٤٩	المرحلة الثانية: مرحلة تدوين القواعد الفقهية وتطورها
٥٤	المرحلة الثالثة: مرحلة استقرار القواعد الفقهية
٥٧	المرحلة الرابعة: مرحلة النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية
٥٨	أولاً: تقنين القواعد الفقهية
٦٠	ثانياً: تحقيق طائفة من كتب التراث في القواعد الفقهية
٦١	ثالثاً: استخلاص القواعد والضوابط الفقهية من أمهات كتب الفقه
٦٣	رابعاً: رصد القواعد الفقهية وإحصاؤها وترتيبها
٦٤	خامساً: تخصيص قواعد معينة بالبحث والدراسة
٦٩	سادساً: جمع القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد
٧٠	سابعاً: الإهتمام بالمداخل لعلم القواعد «الدراسة النظرية»
٧٢	المبحث الرابع: أنواع القواعد الفقهية وأهميتها ومكانتها

- ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً للقاعدة
- ١ - قاعدة: «الأصل أن النية إذا تجردت عن العمل لا تكون مؤثرة في الأمور الدينية»
- ٢ - قاعدة: «الأصل مقارنة النية للفعل إلا أن يعتذر أو يتعسر فقدم ولا تتأخر»
- المبحث الثاني: فقه قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»
- المطلب الأول: معنى قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»
- المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»
- المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «اليقين لا يزول بالشك»
- المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
- المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة
- أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة
- ١ - قاعدة: «الأصل بقاء ما كان على ما كان»
- ٢ - قاعدة: «الأصل براءة الذمة»
- ٣ - قاعدة: «الأصل في الأمور العارضة العدم»
- ٤ - قاعدة: «لا ينسب إلى ساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان»
- ٥ - قاعدة: «الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته»
- ٦ - قاعدة: «لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل»
- ٧ - قاعدة: «لا عبء للدلالة في مقابلة الصريح»
- ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً للقاعدة
- ١ - قاعدة: «لا عبء للتوهم»
- ٢ - قاعدة: «لا عبء بالظن بين خطوه»
- المبحث الثالث: فقه قاعدة: «الضرر يزال»

١٢٥

١٢٥

١٢٦

١٢٧

١٢٨

١٣٢

١٣٤

١٤٢

١٤٥

١٤٥

١٤٥

١٤٦

١٤٨

١٥٠

١٥٤

١٥٦

١٥٩

١٦١

١٦١

١٦٢

١٦٣

- المطلب الأول: معنى قاعدة: «الضرر يزال»
- المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «الضرر يزال»
- المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «الضرر يزال»
- المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «الضرر يزال»
- المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «الضرر يزال»
- أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة
- ١ - قاعدة: «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»
- ٢ - قاعدة: «درء المفاسد أولى من جلب المصالح»
- ٣ - قاعدة: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أحفظهما»
- ٤ - قاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»
- ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «الضرر يزال»
- ١ - قاعدة: «الضرر لا يزال بمثله»
- ٢ - قاعدة: «الضرر لا يكون قديماً»
- المبحث الرابع: فقه قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»
- المطلب الأول: معنى قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»
- المطلب الثاني: تأصيل القاعدة
- المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»
- المطلب الرابع: تطبيقات قاعدة: «المشقة تجلب التيسير»
- المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «المشقة تجلب التيسير»
- أولاً: القواعد الفرعية التي تمثل فرعاً لهذه القاعدة
- ١ - قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»
- ٢ - قاعدة: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»

١٦٤

١٦٥

١٧٠

١٧٩

١٨٠

١٨١

١٨١

١٨٢

١٨٣

١٨٤

١٨٥

١٨٥

١٨٦

١٨٧

١٨٧

١٩٢

١٩٦

٢١٣

٢١٣

٢١٣

٢١٣

٢١٥

- ٢١٨ ٣- قاعدة: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل»
- ٢٢٠ ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «المشفقة تجلب التيسير»
- ٢٢٠ ١- قاعدة: «الضرورة تقدر بقدرها»
- ٢٢٢ ٢- قاعدة: «ما جاز لعذر بطل يزواله»
- ٢٢٤ ٣- قاعدة: «الميسور لا يسقط بالمعسور»
- ٢٢٧ ٤- قاعدة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير»
- ٢٢٩ المبحث الخامس: فقه قاعدة: «العادة محكمة»
- ٢٣٠ المطلب الأول: معنى قاعدة: «العادة محكمة»
- ٢٣٤ المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «العادة محكمة»
- ٢٣٩ المطلب الثالث: تحليل عناصر قاعدة: «العادة محكمة»
- ٢٤٨ المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
- ٢٥٠ المطلب الخامس: القواعد المتعلقة بقاعدة: «العادة محكمة»
- ٢٥٠ أولاً: القواعد التي تمثل فرعاً أو أثراً لهذه القاعدة
- ٢٥٠ ١- قاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»
- ٢٥٢ ٢- قاعدة: «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم»
- ٢٥٣ ٣- قاعدة: «الحقيقة تترك بدلالة العادة»
- ٢٥٥ ٤- قاعدة: «الكتاب كالخطاب»
- ٢٥٦ ٥- قاعدة: «الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان»
- ٢٥٧ ٦- قاعدة: «المتنع عادة كالمتنع حقيقة»
- ٢٥٩ ٧- قاعدة: «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»
- ٢٦٦ ثانياً: القواعد التي تمثل قيداً أو ضابطاً لقاعدة: «العادة محكمة»
- ٢٦٦ ١- قاعدة: «إنما تعتبر العادة إذا اضطرت أو غلبت»

- ٢٦٧ ٢- قاعدة: «العبرة للغالب الشائع لا النادر»
- ٢٦٩ المبحث السادس: فقه قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»
- ٢٧٠ المطلب الأول: معنى قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»
- ٢٧٢ المطلب الثاني: تأصيل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»
- ٢٧٣ المطلب الثالث: تحليل قاعدة: «إعمال الكلام أولى من إهماله»
- ٢٨٣ المطلب الرابع: تطبيقات القاعدة
- ٢٨٤ المطلب الخامس: القواعد التي تتعلق بهذه القاعدة
- ٢٨٤ أولاً: القواعد التي تمثل فرعاً لهذه القاعدة
- ٢٨٤ ١- قاعدة: «الأصل في الكلام الحقيقة»
- ٢٨٥ ٢- قاعدة: «إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز»
- ٢٨٧ ٣- قاعدة: «إذا تعذر إعمال الكلام يهمل»
- ٢٨٨ ٤- قاعدة: «التأسيس أولى من التأكيد»
- ٢٩٠ ٥- قاعدة: «المطلق يجري على إطلاقه ما لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة»
- ٢٩٢ ٦- قاعدة: «العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»
- ٢٩٣ ٧- قاعدة: «ذكر ما لا يتجزأ كذكر كله»
- ٢٩٥ ٨- قاعدة: «السؤال معاد في الجواب»
- ٢٩٦ ثانياً: القواعد التي تعد قيداً أو ضابطاً في القاعدة:
- ٢٩٦ ١- قاعدة: «الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر»
- ٢٩٧ ٢- قاعدة: «من جمع في كلامه بين ما يتعلق به الحكم وبين ما لا يتعلق به الحكم فالعبرة بما يتعلق به الحكم دون الآخر»
- ٢٩٩ الفصل الثالث: فقه القواعد الكلية الصغرى
- ٣٠٠ المبحث الأول: فقه قاعدة كلية عامة: «التابع تبع»

المطلب الأول: حقيقة قاعدة: «التابع تبع»	٣٠٠	المبحث الثالث: فقه قواعد كلية خاصة بالحلال والحرام	٣٢٤
المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة: التابع تبع» ومستثنياتها	٣٠٣	المطلب الأول: فقه قاعدة: «إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام»	٣٢٥
أولاً: تطبيقات هذه القاعدة	٣٠٣	المطلب الثاني: فقه قاعدة: «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»	٣٣٢
ثانياً: مستثنيات القاعدة	٣٠٤	المطلب الثالث: فقه قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن»	٣٣٣
المطلب الثالث: القواعد التي تتعلق بقاعدة: «التابع تبع»	٣٠٤	أولاً: معنى القاعدة	٣٣٣
أولاً: القواعد التي تمثل فروعاً لهذه القاعدة	٣٠٤	ثانياً: تطبيقات القاعدة	٣٣٤
١- قاعدة: «التابع لا يفرد بحكم»	٣٠٤	ثالثاً: القواعد التي تتعلق بالقاعدة	٣٣٥
٢- قاعدة: «من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته»	٣٠٦	١- قاعدة: «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل»	٣٣٥
٣- قاعدة: «التابع يسقط بسقوط المتبوع»	٣٠٦	٢- قاعدة: «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي»	٣٣٧
ثانياً: القواعد التي تعد قيوداً لقاعدة: «التابع تبع»	٣٠٧	المبحث الرابع: فقه قواعد كلية خاصة بالقضاء وطرق الإثبات	٣٣٩
١- قاعدة: «التابع لا يتقدم على المتبوع»	٣٠٧	المطلب الأول: فقه قاعدة: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»	٣٣٩
٢- قاعدة: «يتغير في التوابع ما لا يتغير في غيرها»	٣٠٨	المطلب الثاني: فقه قاعدة: «المرء مؤاخذ بإقراره»	٣٤٦
ثالثاً: القواعد التي تعد استثناء من قاعدة: «التابع تبع»	٣٠٩	المطلب الثالث: فقه قاعدة: «البينة حجة متعديّة، والإقرار حجة قاصرة»	٣٥٠
قاعدة: «قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل»	٣٠٩	المبحث الخامس: فقه قواعد كلية خاصة بالسياسة الشرعية	٣٥٢
المبحث الثاني: فقه قواعد كلية خاصة بالضمان	٣١١	المطلب الأول: فقه قاعدة: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة»	٣٥٢
المطلب الأول: فقه قاعدة: «الخارج بالضمان»	٣١١	المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة»	٣٥٨
أولاً: حقيقة قاعدة: «الخارج بالضمان»	٣١٢	المطلب الثالث: فقه قاعدة: «من استعمل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه»	٣٥٩
ثانياً: تطبيقات قاعدة: «الخارج بالضمان»	٣١٥	المبحث السادس: فقه قواعد كلية خاصة بالاجتهاد الفقهي	٣٦١
المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الغرم بالغنم»	٣١٦	المطلب الأول: فقه قاعدة: «لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص»	٣٦١
المطلب الثالث: فقه قاعدة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف		المطلب الثاني: فقه قاعدة: «الاجتهاد لا ينقض بمثله»	٣٦٦
الحكم إلى المباشر»	٣١٧	الفصل الرابع: الضوابط الفقهية	٣٧١
المطلب الرابع: فقه قاعدة: «الجمعاء جبار»	٣٢٠	المبحث الأول: الضوابط الفقهية في العبادات	٣٧٣

٣٧٣	أولاً: ضابط: «كل نجاسة انتقلت أعراضها بالكلية إلى طاهر، الأصل طاهرة»
٣٧٧	ثانياً: ضابط: «الأصوات في الصلاة من جنس الحركات»
٣٧٩	ثالثاً: ضابط: «الموطن الزكوي للمال هو حدود الإقليم عرفاً»
٣٨٢	المبحث الثاني: الضوابط الفقهية في المعاملات المالية
	أولاً: ضابط: «إن جهالة المبيع أو الثمن إنما توجب فساد العقد إذا كانت
٣٨٢	مفضية إلى المنازعة»
٣٨٥	ثانياً: ضابط: «إن الدينين إذا اتفقا جنساً ووصفاً... وقعت المقاصة»
٣٨٨	ثالثاً: ضابط: «إن كل ما كان حقاً صاحبه عامل فيه لنفسه... يسقط بالإسقاط»
٣٩٣	المبحث الثالث: الضوابط الفقهية في الأحوال الشخصية
٣٩٣	أولاً: ضابط: «العيوب الموجبة للفسخ في عقد النكاح»
٣٩٥	ثانياً: ضابط: «جميع أقارب الرجل من النسب حرام إلا أربعة، بخلاف أصهاره.»
٣٩٦	ثالثاً: ضابط: «كل فرقة بين الزوجين تعد طلاقاً إذا أوقعها الزوج أو نائبه...»
٣٩٨	المبحث الرابع: الضوابط الفقهية في الجنائيات
٣٩٨	أولاً: ضابط: «كل قتل عمد عدوان على غرة... قتل غيلة»
٤٠٠	ثانياً: ضابط: «إن الحرز معتبر في الأشياء حسب ما تعارفه الناس»
٤٠١	ثالثاً: ضابط: «كل مسكر خمر وكل خمر حرام...»
٤٠٢	المبحث الخامس: الضوابط الفقهية في القضاء.
٤٠٢	أولاً: ضابط: «كتاب الفاضي إلى مثله كالخطاب»
٤٠٣	ثانياً: ضابط: «تقوم القرينة القاطعة والراجحة مقام البينة»
٤٠٥	ثالثاً: ضابط: «كل شهادة تضمنت جر مغنم للمشاهد أو دفع مغرم عنه ترد»
٤٠٧	الخاتمة:
٤١١	المراجع والمصادر